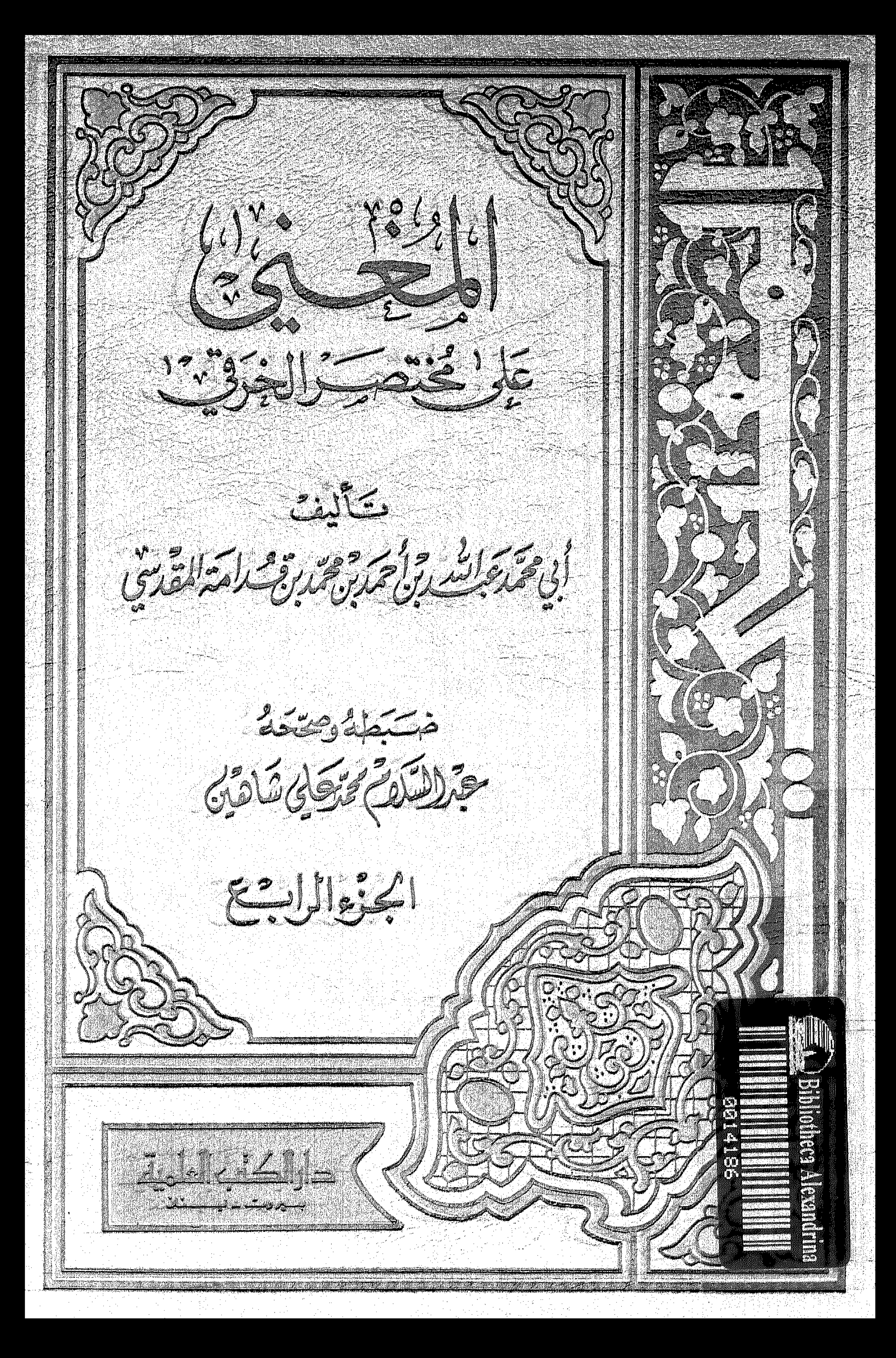

المغني
على مختصر الخرقي
تأليف
أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
ضبطه وصححه
عبد السلام محمد علي شاهين
الجزء الرابع
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
Bibliotheca Alexandrina
0014186



تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

ضبطه وصححه

عبد السلام محمد علي شاهين

الجزء الرابع

دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢/٠٠ - ٦٠٢١٣٣/٩٦١١/٠٠

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الربا والصرف

الربا في اللغة: هو الزيادة. قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥] وقال: ﴿أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَىٰ مِنْ أُمَّةٍ﴾ [النحل: ٩٢] أي أكثر عدداً، يقال: أربى فلان على فلان إذا زاد عليه.

وهو في الشرع: الزيادة في أشياء مخصوصة. وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وما بعدها من الآيات.

وأما السنة: فروي عن النبي ﷺ أنه قال: «اجتنبوا السبع الموبقات. قيل: يا رسول الله ما هي؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» وروي عن النبي ﷺ: «أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه» متفق عليهما في أخبار سوى هذين كثيرة، وأجمعت الأمة على أن الربا محرم.

فصل: والربا على ضربين: ربا الفضل، وربا النسيئة. وأجمع أهل العلم على تحريمها. وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة. فحكي عن ابن عباس، وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم، وابن الزبير، أنهم قالوا: إنما الربا في النسيئة. لقوله عليه السلام: «لا ربا إلا في النسيئة» رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس. ثم إنه رجع إلى قول الجماعة. روى ذلك الأثرم بإسناده. وقاله الترمذي، وابن المنذر، وغيرهم. وقال سعيد بإسناده عن أبي صالح قال: «صحبت ابن عباس حتى مات، فوالله ما رجع عن الصرف» وعن سعيد بن جبير قال: «سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف؟ فلم ير به بأساً. وكان يأمر به» والصحيح قول الجمهور: لحديث أبي سعيد الخدري: إن رسول الله ﷺ قال: «لا تبيعوا

الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا[1] بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا غائباً بناجز» وروى أبو سعيد أيضاً قال: «جاء بلال إلى النبي ﷺ بتمر برني[2] فقال له النبي ﷺ: من أين هذا يا بلال؟ قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: أوه. عين الربا، عين الربا لا تفعل، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به» متفق عليهما، قال الترمذي على حديث أبي سعيد: العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، وقول النبي ﷺ: «لا ربا إلا في النسيئة» محمول على الجنسين.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (وكل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنساً واحداً).

قوله: «من سائر الأشياء» يعني من جميعها. وضع سائر موضع جميع تجوزاً. وموضوعها الأصلي لباقي الشيء، وقد روي عن النبي ﷺ في الربا أحاديث كثيرة. ومن أتمها ما روى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد، رواه مسلم، فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع.

واختلف أهل العلم فيما سواها، فحكي عن طاوس وقتادة: أنهما قصرا الربا عليها. وقالا: لا يجري في غيرها. وبه قال داود ونفاة القياس. وقالوا: ما عداها على أصل الإباحة. لقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلة، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها، لأن القياس دليل شرعي. فيجب استخراج علة هذا الحكم وإثباته في كل موضع وجدت علته فيه، وقول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة، إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكروه.

ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد، إلا سعيد بن جبير. فإنه قال: كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، كالحنطة بالشعير، والتمر بالزبيب، والذرة بالدخن. لأنهما يتقارب نفعهما فجريا مجرى نوعي جنس

---

(١) تشفوا بضم التاء، ومعناه أشرف وارتفع والمراد لا تجعلوا بعضها زائداً على بعض.

(٢) البرني: نوع جيد من التمر.

واحد، وهذا يخالف قول النبي ﷺ «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم» فلا يعول عليه. ثم يبطل بالذهب بالفضة فإنه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما.

واتفق المعللون على أن علة الذهب والفضة واحدة، وعلة الأعيان الأربعة واحدة، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما. فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات.. أشهرهن: أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس، وعلة الأعيان الأربعة مكيل جنس، نقلها عن أحمد الجماعة وذكرها الخرقي وابن أبي موسى وأكثر الأصحاب. وهو قول النخعي والزهري والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي. فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوماً كان أو غير مطعوم، كالحبوب والأشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن. لما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين، فإني أخاف عليكم الرماء» ـ وهو الربا ـ فقام إليه رجل فقال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: «لا بأس إذا كان يداً بيد» رواه الإمام أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر. وعن أنس أن النبي ﷺ قال: «ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً» رواه الدارقطني، ورواه عن ابن صاعد عن عبدالله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب عن أبي بكر بن عياش عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي ﷺ. وقال: لم يروه عن أبي بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره فرواه بلفظ آخر، وعن عمار أنه قال: «العبد خير من العبدين والثوب خير الثوبين. فما كان يداً بيد فلا بأس به، إنما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن» ولأن قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن والجنس. فإن الوزن أو الكيل يسوى بينهما صورة، والجنس يسوى بينهما معنى. فكانا علة. ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فإنه جائز إذا تساويا في الكيل.

والرواية الثانية: أن العلة في الأثمان الثمينة وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطعومات ويخرج منه ما عداها، قال أبو بكر: روى ذلك عن أحمد جماعة ونحو هذا قال الشافعي. فإنه قال: العلة الطعم، والجنس شرط، والعلة في الذهب والفضة: جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة. لما روى معمر بن عبدالله «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل» رواه مسلم، ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الأبدان، والثمنية وصف شرف، إذ بها قوام الأموال فيقتضي التعليل بهما، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء.

والرواية الثالثة: العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً. فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن، كالتفاح والرمان والخوخ والبطيخ والكمثرى والأترج والسفرجل والإجاص والخيار والجوز والبيض، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص ونحوه، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب. وهو قديم قولي الشافعي. لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب» أخرجه الدارقطني، وقال الصحيح: إنه من قول سعيد. ومن رفعه فقد وهم، ولأن لكل واحد من هذه الأوصاف أثراً. والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه. فلا يجوز حذفه، ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المماثلة، وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه، والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به لعدم المعيار الشرعي فيه، وإنما تجب المماثلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً. فوجب أن يكون الطعم معتبراً في المكيل والموزون دون غيرهما. والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقييد كل واحد منها بالآخر، فنهى النبي ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل والوزن. ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه. وقال مالك: العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات، وقال ربيعة: يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره، وقال ابن سيرين: الجنس الواحد علة. وهذا القول لا يصح لقول النبي ﷺ في بيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل «لا بأس به إذا كان يداً بيد» وروي: «أن النبي ﷺ ابتاع عبداً بعبدين» رواه أبو داود والترمذي وقال: هو حديث حسن صحيح، وقول مالك ينتقض بالحطب والإدام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده[1] وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة.

والحاصل: أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة، كالأرز والدخن والذرة والقطنيات[2] والدهن والخل واللبن واللحم ونحوه. وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: هذا قول علماء الأمصار في القديم والحديث، سوى قتادة: فإنه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم التفاضل على الستة الأشياء. وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة. وهو قول أكثر أهل العلم،

---

(١) فيه: أنه أراد ما يصلح به القوت الملح والإدام والحطب ونحوه من الوقود لم يسمه أحد مصلحاً للطعام، فالحق أن قول مالك هو المعقول الموافق لنص الحديث فلا يقاس على الستة الأشياء إلا ما حل محلها في كونه معياراً للأثمان والمعاملات كالنقدين أو قوتاً غالباً يدخر، ومجرد الطعم أو الكيل والوزن لا يصلح علة لهذا التضييق على عباد الله لو أرادهما الشارع لعبر بهما فأوجز واختصر.

(٢) القطنيات بضم القاف وكسرها: الحبوب التي تطبخ كالعدس والفول.

كالتين والنوى والقت والماء والطين الأرمني. فإنه يؤكل دواء، فيكون موزوناً مأكولاً. فهو إذاً من القسم الأول. وما عداه إنما يؤكل سفهاً فجرى مجرى الرمل والحصى. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال لعائشة: «لا تأكلي الطين. فإنه يصفر اللون» وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان» واختلف أهل العلم فيه. والأولى إن شاء الله تعالى حله، إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به. وهي مع ضعفها يعارض بعضها بعضاً فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار. ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالأرز والذرة والدخن أو أدماً كالقطنيات واللبن واللحم، أو تفكهاً كالثمار، أو تداوياً كالأهليلج والسقمونيا فإن الكل في باب الربا واحد.

فصل: وقوله ما كيل أو وزن أي ما كان جنسه مكيلاً أو موزوناً وإن لم يتأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحبتين والحفنة والحفنتين وما دون الأرزة من الذهب والفضة، أو لكثرته كالزبرة[1] العظيمة، فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر. ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحبتين وسائر المكيل الذي لا يتأتى كيله ووافق في الموزون. واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير.

ولنا: قول النبي ﷺ: «التمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى» ولأن ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله كالموزون.

فصل: ولا يجوز بيع تمرة بتمرة ولا حفنة بحفنة. وهذا قول الثوري: ولا أعلمه منصوصاً عليه ولكنه قياس قولهم. لأن ما أصله الكيل لا تجري المماثلة في غيره.

فصل: فأما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد والرصاص والنحاس والقطن والكتان والصوف والإبريسم[2] فالمنصوص عن أحمد في الثياب والأكسية أنه لا يجري فيها الربا. فإنه قال: لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين. وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال: لا يباع الفلس بالفلسين ولا السكين بالسكينين، ولا إبرة بإبرتين أصله الوزن، ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى. فجعل فيهما جميعاً روايتين:

---

(١) الزبرة: القطعة.

(٢) كثرت أنواع الموازين في عصرنا فصار كل شيء يوزن، كما يشير إليه قوله تعالى: ﴿وأنبتنا فيها من كل شيء موزون﴾ فكيف يحكمون موازينهم في أحكام الشرع العامة؟

إحداهما: لا يجري في الجميع. وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم. لأنه ليس بموزون ولا مكيل. وهذا هو الصحيح. إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النقص والإجماع فيه.

والثانية: يجري الربا في الجميع. اختارها ابن عقيل، لأن أصله الوزن، فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز، وذكر أن اختيار القاضي: أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالأسطال[1] ففيه الربا وما لا فلا.

فصل: ويجري الربا في لحم الطير، وعن أبي يوسف: لا يجري فيه. لأنه يباع بغير وزن.

ولنا: إنه لحم فجرى فيه الربا كسائر اللحمان وقوله: لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن، ويقصد ثقله وتختلف قيمته بثقله وخفته. فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد.

فصل: والجيد والرديء والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل، وتحريمه مع التفاضل. وهذا قول أكثر أهل العلم. منهم أبو حنيفة والشافعي. وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه. وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه. وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية: لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة، ولأن للصناعة قيمة. بدليل حالة الإتلاف. فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب.

ولنا: قول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل» وعن عبادة عن النبي ﷺ أنه قال: «الذهب بالذهب تبرها وعينها، والفضة بالفضة تبرها وعينها» رواه أبو داود، وروى مسلم عن أبي الأشعث: «أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى» وروى الأثرم عن عطاء بن يسار «أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال أبو الدرداء: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل، ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، فذكر له ذلك، فكتب عمر إلى معاوية: لا تبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن» ولأنهما تساويا في الوزن. فلا يؤثر اختلافهما في القيمة، كالجيد والرديء، فأما إن قال لصائغ: صغ لي خاتماً وزنه درهم وأعطيك مثل وزنه وأجرتك درهماً. فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين. وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين: **أحدهما** في مقابلة الخاتم. **والثاني**: أجرة له.

---

(١) الأسطال: الكيزان ونحوها.

فصل: وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء. بغير خلاف نعلمه. ويحرم التفرق قبل القبض. لقول النبي ﷺ: «عيناً بعين» وقوله: «يداً بيد» ولأن تحريم النساء آكد، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم.

مسألة: قال: (وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد. ولا يجوز نسيئة).

لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه، إلا عن سعيد بن جبير أنه قال ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فيهما: وهذا يرده قول النبي ﷺ: «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا الشعير بالشعير[1]، كيف شئتم يداً بيد» وفي لفظ: «إذ اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» رواه مسلم وأبو داود، ولأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كما لو تباعدت منافعهما. ولا خلاف في إباحة التفاضل في الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما.

فأما النساء: فكل جنسين يجري فيهما الربا بعلة واحدة، كالمكيل بالمكيل، والموزون بالموزون، والمطعوم بالمطعوم عند من يعلل به. فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء. بغير خلاف نعلمه. وذلك لقوله عليه السلام: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد» وفي لفظ: «لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد. وأما النسيئة فلا» رواه أبو داود. إلا أن يكون أحد العوضين ثمناً والآخر مثمناً فإنه يجوز النساء بينهما بغير خلاف. لأن الشرع أرخص في السلم والأصل في رأس المال الدراهم والدنانير. فلو حرم النساء هاهنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب.

فأما إن اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان:

إحداهما: يحرم النساء فيهما. وهو الذي ذكره الخرقي هاهنا. لأنهما مالان من أموال الربا فحرم النساء فيهما كالمكيل بالمكيل.

والثانية: يجوز النساء فيهما وهو قول النخعي. لأنهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل. فجاز النساء فيهما كالثياب بالحيوان.

فصل: وإذا باع شيئاً من مال الربا بغير جنسه، وعلة ربا الفضل فيهما واحدة: لم يجز التفرق قبل القبض، فإن فعلا بطل العقد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يشترط التقابض فيهما كغير أموال الربا. وكبيع ذلك بأحد النقدين.

---

(١) لعل الصواب. وبيعوا البر بالشعير إلخ.

ولنا: قول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد» رواه مسلم. وقال عليه السلام: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد» وروى مالك بن أوس بن الحدثان «أنه التمس صرفاً بمائة دينار. قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف مني. فأخذ يقلبها في يديه، ثم قال: حتى يأتي خازني من الغابة، وعمر يسمع ذلك، فقال: لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه. قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء[1]، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء» متفق عليه والمراد به القبض. بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ولهذا فسره عمر به. ولأنهما مالان من أموال الربا علتهما واحدة. فحرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة.

فأما إن اختلفت علتهما كالمكيل بالموزون عند من يعلل بهما، فقال أبو الخطاب: يجوز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة. لأن علتهما مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالمثمن. وبهذا قال الشافعي، إلا أنه لا يتصور عنده ذلك إلا في بيع الأثمان بغيرها، ويحتمل كلام الخرقي وجوب التقابض على كل حال. لقوله: «يداً بيد».

مسألة: قال: (وما كان مما لا يكال ولا يوزن فجائز التفاضل فيه يداً بيد. ولا يجوز نسيئة).

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات.

إحداهن: لا يحرم النساء في شيء من ذلك، سواء بيع بجنسه أو بغيره متساوياً أو متفاضلاً، إلا على قولنا: إن العلة الطعم. فيحرم النساء في المطعوم، ولا يحرم في غيره. وهذا مذهب الشافعي. واختار القاضي هذه الرواية. لما روى أبو داود عن عبدالله بن عمرو «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً: فنفدت الإبل. فأمره أن يأخذ في قلاص[2] الصدقة. فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة» رواه أبو داود. وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد «أن علياً باع بعيراً له يقال له: عصيفير بأربعة أبعرة إلى أجل» ولأنهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل. فجاز النساء فيهما كالعرْض بالدينار. ولأن النساء أحد نوعي الربا. فلم يجز في الأموال كلها كالنوع الآخر.

والرواية الثانية: يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان، والثياب بالثياب. ولا يحرم في غير ذلك وهذا مذهب أبي حنيفة. وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء:

---

(١) هاء وهاء: اسم فعل أمر بمعنى خذ.

(٢) القلاص: جمع قلوص وهي: الشابة من الإبل القوية على السير.

ابن الحنفية وعبدالله بن عمير وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري. وروي ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل. فحرم النساء كالكيل والوزن.

والثالثة: لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلاً. فأما مع التماثل فلا. لما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد» قال الترمذي: هذا حديث حسن وروى ابن عمر «أن رجلاً قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة[1] بالإبل؟ فقال لا بأس إذا كان يداً بيد» من المسند. وهذا يدل على إباحة النساء مع التماثل بمفهومه.

والرابعة: يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه. وهذا ظاهر كلام الخرقي ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة. لأنه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا، قال القاضي: فعلى هذا لو باع عرضاً بعرض ومع أحدهما دراهم، العروض نقداً والدراهم نسيئة جاز. وإن كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يجز. لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض. وهذه الرواية ضعيفة جداً لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح. فإن في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافاً لها أثر في تحريم الفضل. فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار. وما هذا سبيله لا يجوز إثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلاً فكيف يثبت مع مخالفة الأصل في حل البيع؟

وأصح الروايات: هي الأولى لموافقتها الأصل، والأحاديث المخالفة لها. قال أبو عبدالله: ليس فيها حديث يعتمد عليه. ويعجبني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا. فقال هما مرسلان. وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة. قال الأثرم، قال أبو عبدالله: لا يصح سماع الحسن من سمرة، وحديث جابر قال أبو عبدالله: هذا حجاج زاد فيه «نساء» وليث بن سعد سمعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه «نساء» وحجاج هذا هو حجاج بن أرطاة، قال يعقوب بن شيبة: هو واهي الحديث وهو صدوق.

وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود ففيه روايتان:

إحداهما: يحرم النساء فيهما.

والثانية: لا يحرم. كما لو باع معدوداً بمعدود من غير جنسه.

---

(١) النجيبة: الناقة التي لها قيمة عالية.

مسألة: قال: (ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا العرايا)

آراد الرطب مما يجري فيه الربا، كالرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، واللبن بالجبن، والحنطة المبلولة، أو الرطبة باليابسة، أو المقلية بالنيئة ونحو ذلك. وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك. لأنه لا يخلوا إما أن يكون من جنسه فيجوز لقوله عليه السلام: «التمر بالتمر مثلاً بمثل» أو من غير جنسه فيجوز لقوله عليه السلام: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم».

ولنا: قوله عليه السلام: «لا تبيعوا التمر بالتمر» وفي لفظ: «نهى عن بيع التمر بالتمر. ورخص في العرية[1] أن تباع بخرصها[2] يأكلها أهلها رطباً» متفق عليه. وعن سعد «أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: أينقص الرطب إذا يبس، قالوا: نعم. فنهى عن ذلك» رواه مالك وأبو داود والأثرم وابن ماجة. ولفظ رواية الأثرم قال: «فلا إذن» نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس. وروى مالك عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة» والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، ولأنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان. فلم يجز، كبيع المقلية بالنيئة. ولا يلزم الحديث بالعتيق لأن التفاوت يسير. قال الخطابي: وقد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر. وقال: زيد أبو عياش راوية ضعيف. وليس الأمر على ما توهمه، وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ. وهو لا يروي عن متروك الحديث.

فصل: فأما بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله. فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعي فيما ييبس. أما ما لا ييبَس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين. لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار. فأشبه الرطب بالتمر. وذهب أبو حفص العكبري من أصحابنا إلى هذا وحمل كلام الخرقي عليه. لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً. ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل. ومفهوم كلام الخرقي هاهنا إباحة ذلك. لأن مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحة بيع كل واحد منهما بمثله. ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان. فجاز كبيع اللبن باللبن والتمر بالتمر. ولأن قوله

(١) العرية: النخلة المعراة وهي التي وهب صاحبها ثمرة عامها.
(٢) الخرص تقدير ما على النخلة من رطب كم يصير عندما يكون ثمراً.

تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] عام خرج منه المنصوص عليه، وهو بيع التمر بالتمر. وليس هذا في معناه فبقي على العموم. وما ذكره لا يصح. فإن التفاوت كثير. وينفرد أحدهما بالنقصان، بخلاف مسألتنا. ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق. لأن التفاوت في ذلك يسير ولا يمكن ضبطه. فيعفى عنه.

مسألة: قال: (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً، ولا ما أصله الوزن كيلاً).

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها، وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً. ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها. وإن لم يوجد لم يصح البيع. وإن تساويا في غيرها، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم. لا نعلم أحداً خالفهم إلا مالكاً قال: يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافاً[1].

ولنا: قول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن، والفضة بالفضة وزناً بوزن، والبر بالبر كيلاً بكيل، والشعير بالشعير كيلاً بكيل» رواه الأثرم في حديث عبادة، ورواه أبو داود ولفظه «البر بالبر مدي[2] بمدي، والشعير بالشعير مدي بمدي، والملح بالملح مدي بمدي، فمن زاد أو ازداد فقد أربى» فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل، وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ومشبه بهما، ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل، ولأنه موزون من أموال الربا. فأشبه الذهب والفضة. ولأن حقيقة الفضل مبطلة للبيع. ولا نعلم عدم ذلك إلا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والأثمان.

إذا ثبت هذا: فإنه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً، ولا بيع الموزون بالموزون كيلاً، لأن التماثل في الكيل مشترط في المكيل، وفي الوزن في الموزون، فمتى باع رطلاً من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل: فيختلفان في الكيل. وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح، كما لو باع بعضه ببعض جزافاً، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل. فلا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل.

فصل: ولو باع بعضه ببعض جزافاً، أو كان جزافاً من أحد الطرفين لم يجز، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز إذا كانا من صنف واحد. وذلك لما روى مسلم

---

(١) الجزاف: بيع الشيء غير المقدر بشيء غير مقدر.

(٢) المدي بضم الميم وسكون الدال مكيال لأهل الشام.

عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة[1] من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر» وفي قول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن» إلى تمام الحديث، دليل على أنه لا يجوز بيعه إلا كذلك، ولأن التماثل شرط، والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل.

فصل: وما لا يشترط التماثل فيه كالجنسين وما لا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً ووزناً وجزافاً. وهذا ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه ما يكال بمنع بيعه بشيء من جنسه وزناً وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلاً. وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه، ولا كيل هذه؟ من صنف واحد غير جائز. ولا بأس به من صنفين استدلالاً بقوله عليه السلام: «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» وذهب جماعة من أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل جزافاً وبيع الموزون بالموزون جزافاً. وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم: أكره ذلك. قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً اتفقت الأجناس أو اختلفت، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر وذلك لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة» ولأنه بيع مكيل بمكيل: أشبه الجنس الواحد.

ولنا قول النبي ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد» ولأن قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه. ففيما عداه يجب البقاء على العموم. ولأنه يجوز التفاضل فيه. فجاز جزافاً من الطرفين كالمكيل بالموزون. يحققه: أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً. وحديثهم أراد به الجنس الواحد. ولهذا جاء في بعض ألفاظه «نهى أن تباع الصبرة لا نعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر» ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون. فنقيس عليه محل النزاع. وما ذكر من القياس غير صحيح. لأن المكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه فمنع من بيعه مجازفة. لفوات المماثلة المشروطة. وفي الجنسين لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل. فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً.

فصل: ولو قال: بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة، وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما. لا يصح لما ذكرنا. وإن علما كيلهما وتساويهما صح البيع. لوجود التماثل المشترط: وإن قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلاً بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع وإلا فلا. وإن باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز بيع المكيل بالمكيل جزافاً، وإن قال: بعتك هذه الصبرة بهذه مثلاً بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع. وإن زادت أحدهما فرضي صاحب

---

(١) الصبرة: بضم الصاد وسكون الباء ما جمع من الطعام بدون كيل أو وزن.

الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز. وإن امتنعا فسخ البيع بينهما. ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعي.

فصل: ويجوز قسم المكيل وزناً وقسم الموزون كيلاً وقسم الثمار خرصاً وقسم ما لا يجوز بيع بعضه ببعض. لأن القسمة إفراز حق. وليست بيعاً، ونقل عن ابن بطة ما يدل على أنها بيع. فيثبت فيها أحكام البيع، ويمنع فيها ما ذكرناه، لأن كل جزء من ذلك مشترك بينهما فإذا تعين لكل واحد منهما حق فقد اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه. وللشافعي قولان كالمذهبين، والظاهر أنها إفراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخوله القرعة فيها ولزومها بها، والإجبار عليها، وأنها لا تفتقر إلى لفظ بيع ولا تمليك، ولا يدخلها خيار، ولا تجوز إلا بقدر الحقين، ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم. وتغاير الأحكام والأسماء دليل على اختلافهما. وروي عن ابن عباس أنه قال: «قسمت الصحابة رضي الله عنهم الغنائم بالحجف»(١) وذلك كيل الأثمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم وانتشر في بقيتهم فلم ينكر. فصار إجماعاً على ما قلناه.

فصل: في معرفة المكيل والموزون، والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز في عهد النبي ﷺ. وبهذا قال الشافعي، وحكي عن أبي حنيفة: أن الاعتبار في كل بلد بعادته.

ولنا: ما روى عبدالله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة» والنبي ﷺ إنما يحمل كلامه على بيان الأحكام. لأن ما كان مكيلاً بالحجاز في زمن النبي ﷺ انصرف التحريم في تفاضل الكيل إليه. فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين:

أحدهما: يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز، كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها. وهو القياس.

والثاني: يعتبر عرفه في موضعه. فإن لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف، كالقبض والإحراز والتفرق. وهذا قول أبي حنيفة، وعلى هذا إن اختلفت البلاد. فالاعتبار بالغالب. فإن لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الأول. ومذهب الشافعي على هذين الوجهين فالبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي ﷺ: «البر بالبر كيلاً بكيل. والشعير بالشعير كيلاً بكيل» وكذلك سائر الحبوب والأبازير والأشنان والجص والنُورة وما أشبهها والتمر مكيل. وهو من المنصوص عليه. وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما. وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار، مثل الزبيب والفستق والبندق والعناب والمشمش

(١) الحجف: التروس والصدور التي يتبقى بها المحارب إذا كانت من جلد بدون خشب ولا عقب.

والبطم[١] والزيتون واللوز. والملح مكيل. وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام: «الملح بالملح مدي بمدي» والذهب والفضة موزونان. ثبت ذلك بقول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن» وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض كالحديد والنحاس والصفر[٢] والرصاص والزجاج والزئبق. ومنه الإبريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه، ومنه الخبز واللحم والشحم والجبن والزبد والشمع وما أشبهه. وكذلك الزعفران والعصفر والورس وما أشبه ذلك.

فصل: والدقيق والسويق[٣] مكيلان. لأن أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلهما عنه. ولأنهما يشبهان ما يكال، وذكر القاضي في الدقيق: أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن. ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلاً وهو موزون كالخبز.

ولنا: ما ذكرناه. ولأنه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق، وقد جاء في الحديث: «والصاع إنما يقدر به المكيلات» وعلى هذا يكون الأقط[٤] مكيلاً. لأن في حديث صدقة الفطر «صاع من أقط».

فصل: فأما اللبن وغيره من المائعات كالأدهان من الزيت والشيرج والعسل والخل والدبس ونحو ذلك. فالظاهر أنها مكيلة. قال القاضي في الأدهان: هي مكيلة، وفي اللبن يصح السلم فيه كيلاً وقال أصحاب الشافعي: لا يباع اللبن بعضه ببعض إلا كيلاً، وقد روي عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن؟ فقال: نعم كيلاً أو وزناً. وذلك لأن الماء مقدر بالصاع، ولذلك «كان النبي ﷺ يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع، ويغتسل هو وبعض نسائه من الفرق»[٥] وهذه مكاييل قدر بها الماء وكذلك سائر المائعات. وروي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع ما في ضروع الأنعام إلا بالكيل» رواه ابن ماجة.

وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك، كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والخيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى ونحوها. فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها، فإنه يعتبر التماثل في الوزن. لأنه أخصر ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كيله بالكيل، ولأن الأصل الأعيان

---

(١) البطم: بضم الباء وسكون الطاء وضمها: الحبة الخضراء.
(٢) الصفر بضم الصاد وسكون الفاء نوع من النحاس.
(٣) السويق: دقيق مخلوط بسمن أو نحوه.
(٤) الأقط بكسر القاف اللبن الجامد.
(٥) الفرق: بفتح الفاء والراء مكيال بالمدينة.

الأربعة. وهي مكيلة ومن شأن الفرع أن يرد إلى أصله بحكمه. والأصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل، فكذلك يكون حكم فروعها.

ولنا: إن الوزن أخصر. فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كيله، وإنما اعتبر الكيل في المنصوص عليه. لأنه يقدر به في العادة. وهذا بخلافه.

مسألة: قال: (والتمور كلها جنس، وإن اختلفت أنواعها).

الجنس: هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها، والنوع: الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة إلى ما تحته، نوعاً بالنسبة إلى ما فوقه، والمراد هنا: الجنس الأخص، والنوع الأخص. فكل نوعين اجتمعا في اسم خاص فهما جنس، كأنواع التمر وأنواع الحنطة. فالتمور كلها جنس واحد. لأن الاسم الخاص يجمعها. وهو التمر، وإن كثرت أنواعه، كالبرني والعقلي والإبراهيمي والخاستوي وغيرها، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل. وإن اختلفت الأنواع لقول النبي ﷺ: «التمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل» الحديث الحديث بتمامه. فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر. ثم قال: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعُوا كيف شئتم» وفي لفظ: «فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم» وفي لفظ: «إلا ما اختلفت ألوانه» ولا خلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها.

فصل: فإن كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان كالأدقة[1] والأخباز والخلول والأدهان، وعصير الأشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها، وحكي عن أحمد: أن خل التمر وخل العنب جنس. وحكي ذلك عن مالك. لأن الاسم الخاص يجمعهما، والصحيح: أنهما جنسان لأنهما من أصلين مختلفين فكانا جنسين، كدقيق الحنطة ودقيق الشعير. وما ذكر للرواية الأخرى منتقض بسائر فروع الأصول التي ذكرناها، وكل نوع مبني على أصله. فإذا كان شيئان من أصلين فهما جنسان. فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس، ودهن السمك والشيرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبزر أجناس، وعسل النحل وعسل القصب جنسان، وتمر النخل وتمر الهند جنسان. وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس واحد، وإن اختلفت مقاصدهما. فدهن الورد والبنفسج والزئبق ودهن الياسمين إذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد، وهذا الصحيح من مذهب الشافعي. وله قول آخر: لا يجري الربا فيها لأنها لا تقصد للأكل، وقال أبو حنيفة: هي أجناس لأن مقاصدها مختلفة.

---

(١) الأدقة: جمع دقاق بضم الدال وهي التوابل.

ولنا: إنها كلها شيرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت إليها. فلم تصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الأجناس، وقولهم. لا تقصد الرياحين للأكل. قلنا: هي صالحة للأكل. وإنما تعد لما هو أعلى منه. فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره. وقولهم: إنها أجناس لا يصح. لأنها من أصل واحد. ويشملها اسم واحد. فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة.

فصل: وقد يكون الجنس الواحد مشتملاً على جنسين، كالتمر يشتمل على النوى وغيره. وهما جنسان، واللبن يشتمل على المخيض والزبد. وهما جنسان. فما داما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد. فإذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الأصليين.

فصل: في بيع التمر بالتمر وفروعه. يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيل بغير خلاف، وسواء تساويا في الجودة والرداءة، وفي كونهما ينكبسان في المكيال أو اختلفا في ذلك، قيل لأحمد: صاع تمر بصاع تمر وأحد التمرين يدخل في المكيال منه أكثر؟ فقال: إنما هو صاع بصاع. وذلك لقول النبي ﷺ: «التمر بالتمر مدي بمدي ـ ثم قال ـ من زاد أو ازداد فقد أربى» فإن كان في كل واحد منهما نواه جاز بيعه متساوياً بغير خلاف. لأن النبي ﷺ قد علم أن التمر يكون فيه النوى. وإن نزع من كل واحد منهما نواه، جاز أيضاً، وقال أصحاب الشافعي: لا يجوز في أحد الوجهين. لأنهما لم يتساويا في حال الكمال. ولأنه يتجافى في المكيال.

ولنا: قول النبي ﷺ: «التمر بالتمر مدي بمدي» ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان. فجاز، كما لو كان في كل واحد منهما نواه، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلاً لذلك، وإذا باع تمراً منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجز، لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر. وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز. لأنه زالت التبعية بنزعه. فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز متفاضلاً ومتساوياً، لأنهما جنسان. وإن باع النوى بتمر نواه فيه. فعلى روايتين، منع منه في رواية مهنا وأحمد بن القاسم. لأن التمر نوى فيصير كمد عجوة، وكما لو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى. وأجاز ذلك في رواية ابن منصور، ولأن النوى في التمر غير مقصود. ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه. وصار هذا كبيع دار مموه سقفها بالذهب بذهب. فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلاً ومتساوياً. لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به. فصار كبيع النوى بمنزوع النوى.

فصل: ويصنع من التمر: الدبس والخل والناطف والقطارة[1]. ولا يجوز بيع التمر بشيء منها. لأن مع بعضها من غير جنسه، وبعضها مائع والتمر جاهد، ولا يجوز بيع الناطف

---

(١) الدبس: عسل التمر، الناطف: العسل المقطر، القطارة: ما يسيل من التمر عند عصره.

بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر، لأن معها شيئاً مقصوداً من جنسها. فينزل منزلة مد عجوة، ويجوز بيع القطارة والدبس والخل كل نوع بعضه ببعض متساوياً، قال أحمد في رواية مهنا. في خل الدقل: يجوز بيع بعضه ببعض متساوياً. وذلك لأن الماء في كل واحد منهما غير مقصود: وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما نواه، ولا يباع نوع بنوع آخر. لأن في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر، فيفضي إلى التفاضل.

فصل: والعنب كالتمر فيما ذكرناه، إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب، لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه. ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض، كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض.

مسألة: قال: (والبر والشعير جنسان).

هذا هو المذهب. وبه يقول الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. وعن أحمد: أنهما جنس واحد. وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وابن معيقيب الدوسي والحكم وحماد ومالك والليث. لما روي عن معمر بن عبدالله «أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه ثم اشتر به شعيراً. فذهب الغلام، فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمراً أخبره بذلك فقال له معمر: لما فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل. فإن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل: فإنه ليس بمثله قال إني أخاف أن يضارع» أخرجه مسلم، ولأن أحدهما يغش بالآخر فكانا كنوعي الجنس.

ولنا: قول النبي ﷺ: «بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد» وفي لفظ: «لا بأس ببيع البر بالشعير، والشعير أكثرهما يداً بيد. وأما نسيئة فلا» وفي لفظ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» وهذا صريح صحيح. لا يجوز تركه بغير معارض مثله، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً، كالتمر والحنطة. ولأنهما مسميان في الأصناف الستة. فكانا جنسين كسائرها. وحديث معمر لا بد فيه من إضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام. ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير. فإنه قال في الخبر: «وكان طعامنا يومئذ الشعير» ثم لو كان عاماً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه، وفعل معمر وقوله لا يعارض به قول النبي ﷺ، وقياسهم ينتقض بالذهب والفضة.

فصل: في الحنطة وفروعها. وفروعها نوعان. أحدهما: ما ليس فيه غيره كالدقيق والسويق. والثاني: ما فيه غيره، كالخبز والهريسة والفالوذج والنشاء وأشباهها. ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها. وهي ثلاثة أقسام:

أحدها: السويق. فلا يجوز بيعه بالحنطة. وبهذا قال الشافعي، وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلاً ومتفاضلاً.

ولنا: إنه بيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلاً فلم يجز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق. ولا سبيل إلى التماثل. لأن النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر. فأشبهت المقلية.

القسم الثاني: ما معه غيره. فلا يجوز بيعها به أيضاً. وقال أصحاب أبي حنيفة يجوز ذلك بناء على مسألة مد عجوة. وسنذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى.

القسم الثالث: الدقيق فلا يجوز بيعها به في الصحيح. وهو مذهب سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد والثوري وأبي حنيفة ومكحول وهو المشهور عن الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى. أنه جائز. وبهذا قال ربيعة ومالك. وحكي ذلك عن النخعي وقتادة وابن شبرمة وإسحاق وأبي ثور. لأن الدقيق نفس الحنطة. وإنما تكسرت أجزاؤها. فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح. فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالدقيق وزناً. لأنها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت. فتأخذ من المكيال مكاناً كبيراً. والحنطة تأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوى بينهما. وبهذا قال إسحاق.

ولنا: إن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلاً فحرم، كبيع مكيلة بمكيلتين. وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءها. فيحصل في مكيالها دون ما يحصل في مكيال الحنطة. وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل. والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه. ولذلك لم يجز بيع بعضها ببعض جزافاً وتساويهما في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل. والحنطة والدقيق مكيلان لأن الأصل الكيل ولم يوجد ما ينقل عنه، ولأن الدقيق يشبه المكيلات. فكان مكيلاً كالحنطة، ثم لو كان موزوناً لم يتحقق التساوي بين المكيل والموزون. لأن المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل.

فصل: فأما بيع بعض فروعها ببعض. فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساوياً، وبه قال أبو حنيفة. والمشهور عن الشافعي: المنع من ذلك: لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال. وهو حال كونها حنطة وقد فات ذلك لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة، فيستويان دقيقاً ولا يستويان حنطة.

ولنا: إنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز، كبيع التمر بالتمر.

إذا ثبت هذا: فإنما يباع بعضه ببعض كيلاً. لأن الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك. ويشترط أن يتساويا في النعومة. ذكره أبو بكر وغيره من

أصحابنا. وهو مذهب أبي حنيفة. لأنهما إذا تفاوتا في النعومة تفاوتا في ثاني الحال. فيصير كبيع الحنطة بالدقيق، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزناً ولا وجه له. وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله. فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح: أنه لا يجوز. وهو مذهب الشافعي. وروي عن أحمد: أنه يجوز. لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره. فأشبه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق.

ولنا: إن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيع بعضه ببعض كالمقلية بالنيئة. وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور: أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلاً لأنهما جنسان.

ولنا: إنهما أجزاء جنس واحد. فلم يجز التفاضل بينهما، كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق.

فصل: فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان:

أحدهما: أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه إنما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء. فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوي في الوزن. لأنه يقدر به في العادة ولا يمكن كيله. وقال مالك: إذا تحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا بأس به. وإن لم يوزن. وبه قال الأوزاعي وأبو ثور. وحكي عن أبي حنيفة: لا بأس به قرصاً بقرصين، وقال الشافعي: لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال، إلا أن ييبس ويدق دقاً ناعماً ويباع بالكيل ففيه قولان. لأنه مكيل يجب التساوي فيه ولا يمكن كيله، فتعذرت المساواة فيه، ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه. فلم يجز بيعه به كالمغشوش من الذهب والفضة وغيرهما.

ولنا: على وجوب التساوي أنه مطعوم موزون. فحرم التفاضل فيهما كاللحم واللبن. ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي في المعيار الشرعي، كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق.

ولنا على الشافعي: إن معظم نفعه في حال رطوبته. فجاز بيعه به كاللبن باللبن. ولا يمتنع أن يكون موزوناً أصله غير موزون كاللحم والأدهان. ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال. فأشبه الرطب بالتمر ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما إذا لم يكثر. لأن ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه: أشبه بيع الحديثة بالعتيقة. ولا يلزم ما فيه من الملح والماء لأن ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته. فهو كالملح في الشيرج وإن يبس الخبز فدق وجعل فتيتاً بيع بمثله كيلاً. لأنه أمكن كيله فرد إلى أصله، وقال ابن عقيل: فيه وجه آخر: أنه يباع بالوزن. لأنه انتقل إليه.

النوع الثاني: ما فيه غيره مما هو مقصود كالهريسة والخزيرة[١] والفالوذج وخبز الأبازير والخشكنانج والسنبوسك ونحوه. فلا يجوز بيع بعضه ببعض، ولا بيع نوع بنوع آخر. لأن كل واحد منها يشتمل على ما ليس من جنسه. وهو مقصود كاللحم في الهريسة، والعسل في الفالوذج والماء والدهن في الخزيرة. ويكثر التفاوت في ذلك. فلا يتحقق التماثل فيه. وإذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد ففي النوعين أولى.

فصل: والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الحنطة. ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب، والمصنوع منها. لعدم اشتراط المماثلة بينهما. والله أعلم.

مسألة: قال: (وسائر اللحمان جنس واحد).

أراد جميع اللحم، وجمعه ـ وهو اسم جنس ـ لاختلاف أنواعه. ظاهر كلام الخرقي: أن اللحم كله جنس واحد. وذكره أبو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد: وهو قول أبي ثور، وأحد قولي الشافعي. وأنكر القاضي أبو يعلى كون هذا رواية عن أحمد. وقال: الأنعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وإنما في اللحم روايتان.

إحداهما: أنه أربعة أجناس كما ذكرنا. وهو مذهب مالك، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً. فيكون عنده ثلاثة أصناف.

والثانية: أنه أجناس باختلاف أصوله، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي. وهي أصح. لأنها فروع أصول هي أجناس. فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز. وهذا اختيار ابن عقيل. واختيار القاضي: أنها أربعة أجناس. وحمل كلام الخرقي عليها. واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها. والقصد إلى أكلها. فكانت أجناساً. وهذا ضعيف جداً. لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس. ولا نظير لهذا فيقاس عليه. ولا يصح حمل كلام الخرقي عليه لعدم احتمال لفظه له، وتصريحه في الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث. فيتعين حمل كلامه على عمومه في أن جميع اللحم جنس. لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنساً واحداً كالطلع، والصحيح: أنه أجناس باختلاف أصوله. وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر البرني، وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك. فعلى هذا: لحم الإبل كله صنف بخاتيها وعرابها والبقر عرابها وجواميسها صنف، والغنم ضأنها ومعزها صنف، ويحتمل أن يكونا صنفين. لأن الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال: ﴿ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْمَعْزِ اثْنَيْنِ﴾

---

(١) الخزيرة: عصيدة أو مرقة من بلالة النخالة، الفالوذج نوع من الحلوى والأبازير والخشكنانج والسنبوسك كلها من الحنطة.

[الأنعام: ١٤٣] ففرق بينهما كما فرق بين الإبل والبقر. فقال: ﴿وَمِنَ الإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْبَقَرِ اثْنَيْنِ﴾ [الأنعام: ١٤٤] والوحش أصناف: بقرها صنف. وغنمها صنف، وظباؤها صنف وكل ما له اسم يخصه فهو صنف. والطيور أصناف. كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف. فيباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلاً ومتماثلاً ويباع بصفة متماثلاً ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز عنده بيع لحم بلحم إلا متماثلاً.

مسألة: قال: (لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً. ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل)

اختار الخرقي أنه لا يباع بعضه ببعض إلا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها. وهو مذهب الشافعي. وذهب أبو حفص في شرحه إلى هذا. قال القاضي والمذهب جواز بيعه. ونص عليه. وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ينبه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه. فجرى مجرى اللبن، بخلاف الرطب. فإن حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه. فإذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى، ولأنه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص. فجاز كبيع اللبن باللبن. فأما بيع رطبه بيابسه أو نيئه بمطبوخه أو مشويه فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر.

فصل: قال القاضي ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الإباحة من غير نزع عظامه ولا جفافه قال في رواية حنبل: إذا صار إلى الوزن مثلاً بمثل رطلاً برطل فأطلق ولم يشترط شيئاً. وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة فلم يشترط نزعه كالنوى في التمر. وفارق العسل من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل لا من أصل الخلقة.

فصل: واللحم والشحم جنسان، والكبد صنف، والطحال صنف، والقلب صنف، والمخ صنف، ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلاً، وقال القاضي: لا يجوز بيع اللحم بالشحم. وكره مالك ذلك إلا أن يتماثلا، وظاهر المذهب: إباحة البيع فيهما متماثلاً ومتفاضلاً، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان. فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة. وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح. لأن الشحم لا يظهر، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع، ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم، لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه. ثم لا يصح هذا عند القاضي: لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده، فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم. وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمر جنس واحد، وأن الألية والشحم جنسان، وظاهر كلام الخرقي

خلاف هذا لقوله: إن اللحم لا يخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحماً لم يختلط لحم بشحم، فعلى قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالإذابة ويصير دهناً فهو جنس واحد، وهذا أصح لقوله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا﴾ [الأنعام: ١٤٦] فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ولأنه يشبه الشحم في ذويه ولونه ومقصده: فكان شحماً كالذي في البطن.

فصل: وفي اللبن روايتان: إحداهما: هو جنس واحد، لما ذكرنا في اللحم. والثانية: هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم. وهذا مذهب الشافعي. وبه قال مالك: لأن الأنعام كلها جنس واحد. وقال ابن عقيل: لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها. لأن اسم البقر يشملهما. وليس بصحيح. لأن لحمهما جنسان. فكان لبنهما جنسين. كالإبل والبقر. ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلاً وكيف شاء يداً بيد وبجنسه متماثلاً كيلاً، قال القاضي: هو مكيل لا يباع إلا بالكيل. لأنه العادة فيه. ولا فرق بين أن يكونا حليبين أو حامضين، أو أحدهما حليب والآخر حامض. لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة. وإن شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه. لأن معه من غير جنسه لغير مصلحته.

فصل: ويتفرع من اللبن قسمان: ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والمخيض واللبأ[1]، وما فيه غيره. وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن. لأنه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالحيوان باللحم والسمسم بالشيرج. وهذا مذهب الشافعي. وعن أحمد: أنه يجوز بيع اللبن بالزبد إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن، وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلاً ومنع جوازه متماثلاً، قال القاضي: وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لأن الشيئين إذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة. ودرهم بمدين، والصحيح: أن هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسألة مد عجوة. وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها. لكنها مخالفة لظاهر المذهب، والحكم في السمن كالحكم في الزبد، وأما اللبن بالمخيض الذي فيه زبده فلا يجوز. نص عليه أحمد. فقال: اللبن بالمخيض لا خير فيه. ويتخرج الجواز كالتي قبلها، وأما اللبن باللبأ، فإن كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلاً. لأنه لبن بلبن. وإن مسته النار لم يجز، وذكر القاضي وجهاً: أنه يجوز. وليس بصحيح. لأن النار عقدت أجزاء أحدهما وذهبت ببعض رطوبته فلم يجز بيعه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالنيئة. وهذا مذهب الشافعي. وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكامخ[2] ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا

---

(١) اللبأ: أول اللبن.
(٢) الكامخ: نوع من أنواع الإدام.

بغيره. لأنه مختلط بغيره. فهو كمسألة مد عجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره إلا أن ذلك الغير لمصلحته فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض إذا تساويا في النشافة والرطوبة. فيبيع المخيض بالمخيض، واللبأ باللبأ، والجبن بالجبن، والمصل بالمصل، والأقط بالأقط، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن متساوياً، ويعتبر التساوي بين الأقط بالأقط بالكيل، لأنه قدر بالصاع في صدقة الفطر. وهو يشبه المكيلات، وكذلك المصل والمخيض، ويباع الخبز بالخبز بالوزن لأنه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز[1] وكذلك الزبد والسمن. ويتخرج أن يباع السمن بالكيل. ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويحتمل كلام الخرقي أن لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم. وأما بيع ما نزع من اللبن بنوعٍ آخر كالزبد والسمن والمخيض. فظاهر المذهب: أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض متماثلاً ومتفاضلاً. لأنهما جنسان، وذلك لأنهما شيئان من أصل واحد أشبها اللحم بالشحم. وممن أجاز بيع الزبد بالمخيض: الثوري والشافعي وإسحاق. ولأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود، وهو يسير. فأشبه الملح في الشيرج. وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز لخلو السمن من المخيض. ولا يجوز بيع الزبد بالسمن. لأن في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن، فيختل التماثل. ولأنه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت. وهذا مذهب الشافعي. وقال القاضي: عندي يجوز. لأن اللبن في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه. ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله. وهذا لا يصح لأن التماثل واجب بينهما. وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعه به كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه. ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر. فأشبه الرطب بالتمر والعنب بالزبيب، وكل رطب بيابس من جنسه. ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما. لأن هذه الأنواع لم ينتزع منها شيء. فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبده. فلم يجز بيعها كبيع اللبن بها. وأما بيع الجبن بالأقط فلا يجوز مع رطوبتهما أو رطوبة أحدهما، كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر. وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً. لأن الجبن موزون والأقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر، كالخبز بالدقيق. ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الخبز بالخبز.

مسألة: قال: (ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان).

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه. وهو مذهب مالك والشافعي وقول فقهاء المدينة السبعة. وحكي عن مالك: أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم. ويجوز بغيره، وقال أبو حنيفة: يجوز مطلقاً. لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه. أشبه بيع اللحم بالدراهم أو بلحم من غير جنسه.

---

(١) كذا في الأصل.

ولنا: ما روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع اللحم بالحيوان» رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ، قال ابن عبد البر: هذا أحسن أسانيده. وروي عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن يباع حي بميت» ذكره الإمام أحمد، وروي عن ابن عباس: «أن جزوراً نحرت، فجاء رجل بعناق[1] فقال: أعطوني جزءاً بهذا العناق. فقال أبو بكر: لا يصلح هذا» قال الشافعي: لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك، وقال أبو الزناد وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه. فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج، وبهذا فارق ما قاسوا عليه، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرقي: أنه لا يجوز. فإن أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم؟ فقال: لا يصح. لأن النبي ﷺ «نهى أن يباع حي بميت» واختار القاضي جوازه، وللشافعي فيه قولان. واحتج من منعه بعموم الأخبار، وبأن اللحم كله جنس واحد. ومن أجازه قال: مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه. فجاز كما لو باعه بالأثمان. وإن باعه بحيوان غير مأكول اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا. وهو قول عامة الفقهاء.

فصل: ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه، كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الأدهان بأصولها والعصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله. وبه قال الشافعي وابن المنذر. وقال أبو ثور: يجوز. لأن الأصل مختلف والمعنى مختلف. وقال أبو حنيفة: يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد، وإن لم يعلم لم يجز.

ولنا: إنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه. فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان، وقد أثبتنا ذلك بالنص.

فصل: فأما بيع شيء من هذه المعتصرات بجنسه فيجوز متماثلاً، ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلاً وكيف شاء لأنهما جنسان. ويعتبر التساوي فيهما بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة، وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين، وقال أصحاب الشافعي: لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزاءهما، فيختلف ويؤدي إلى التفاضل.

ولنا :إنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص. فأشبه النيء بالنيء. فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لأن أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال فلم يجز بيعه به كالرطب بالتمر. وإن باع عصير شيء من ذلك بثفله. فإن كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به. فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب. ولا الزيت. بثفله الذي فيه بقية

---

(١) العناق: بفتح العين أنثى المعز.

من الزيت إلا على الرواية التي فيها مسألة مد عجوة. فإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلاً ومتماثلاً لأنهما جنسان.

فصل: وإن باع شيئاً فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم أو بمدين أو بدرهمين، أو باع شيئاً محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى «مسألة مد عجوة» والمذهب أنه لا يجوز ذلك. نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدماء الأصحاب. قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب[1] المحلاة بجنس ما عليها: لا يجوز قولاً واحداً. وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشريح وابن سيرين، وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه. فإن مهنا نقل عن أحمد في أن بيع الزبد باللبن: يجوز إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن. وروى حرب قال: قلت لأحمد: دفعت ديناراً كوفياً ودرهماً، وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء، لكن الكوفي أوضع؟ قال: لا يجوز إلا أن ينقص الدينار. فيعطيه بحسابه فضة. وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجرائي. وروى الميموني أنه سأله: لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال: لا يشتريها حتى يفصلها إلا أن هذا أهون من ذلك. لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله. وفيه غير النوع الذي يشتري به. فإذا كان من فضل الثمن، إلا أن من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله. قيل له: فما تقول أنت؟ قال: هذا موضع نظر، وقال أبو داود: سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم؟ قال: لا أقول فيه شيئاً، قال أبو بكر: روى هذه المسألة عن أبي عبدالله خمسة عشر نفساً. كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني. ونقل مهنا كلاماً آخر. وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة: يجوز. هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه. وقال الحسن: لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم. وبه قال الشعبي والنخعي، واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد. لأنه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة. ولكن وجب حمله على أنه مذكى تصحيحاً للعقد. ولو اشترى من إنسان شيئاً جاز مع احتمال كونه غير ملكه ولا إذن له في بيعه. تصحيحاً للعقد أيضاً. وقد أمكن التصحيح هاهنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس، أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل.

ولنا: ما روى فضالة بن عبيد قال: «أتي النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير. فقال النبي ﷺ: لا، حتى تميز بينهما قال فرده حتى ميز بينهما» رواه

---

(١) المراكب: جمع مركوب وهو ما يركبه الإنسان من الدواب وغيرها.

أبو داود، وفي لفظ رواية مسلم قال: «فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله ﷺ: الذهب بالذهب وزناً بوزن» ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه. فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض.

بيانه: أنه إذا اشترى عبدين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها. فلو رد أحدهما بعيب رده بقسطه من الثمن. ولذلك إذا اشترى شقصاً[1] وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهماً ومداً قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث. فهذا إذا تفاوتت القيم، ومع التساوي يجهل ذلك. لأن التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والخرص، وقولهم: يجب تصحيح العقد. ليس كذلك، بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد. ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه، أما إذا اشترى من إنسان شيئاً فإنه يصح. لأن الظاهر أنه ملكه لأن اليد دليل الملك. وإذا باع لحماً فالظاهر أنه مذكى. لأن المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة.

فصل: فأما إن باع نوعين من مختلفي القيمة من جنس وبنوع واحد من ذلك الجنس، كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين، أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين، أو قراضتين، أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء، أو تمراً برنياً ومعقلياً بإبراهيمي. فإنه يصح. قال أبو بكر: وأومأ إليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها. وهو مذهب مالك والشافعي. لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجويزه في الثمن. نقله أحمد بن القاسم. لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الأثمان.

ولنا: قول النبي ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل» الحديث وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثلة المراعية وهي المماثلة في الموزون وزناً وفي المكيل كيلاً، ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك إذا اختلفا. واختلاف القيمة ينبني على الجودة والرداءة. لأنه باع ذهباً بذهب متساوياً في الوزن فصح. كما لو اتفق النوع. وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء.

---

(١) الشقص: الجزء من العقار أو الأرض أو العبد أو غير ذلك.

فصل: وإن باع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما بيع به إلا أنه غير مقصود. كدار مموه سقفها بالذهب جاز، لا أعلم فيه خلافاً. وكذلك لو باع داراً بدار مموه سقف كل واحدة منها بذهب أو فضة جاز. لأن ما فيه الربا غير مقصود بالبيع. فوجوده كعدمه. وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز إذا كان المال غير مقصود ولو اشترى عبداً بعبد واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه جاز إذا لم يكن ماله مقصوداً. لأنه غير مقصود بالبيع فأشبه التمويه في السقف. ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف، أو باع لبوناً بلبون وذات صوف بمثلها. ففيه وجهان:

أحدهما: الجواز. اختاره ابن حامد. وهو قول أبي حنيفة، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة، لأن ما فيه الربا غير مقصود فلم يمنع، كالدار المموه سقفها.

الثاني: المنع. وهو مذهب الشافعي. لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه: أشبه الحيوان باللحم: والفرق بينهما: أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن. ولو كانت الشاة محلوبة اللبن جاز بيعها بمثلها وباللبن وجهاً واحداً. لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن. فأشبه الملح في الشيرج والخبز والجبن وحبات الشعير في الحنطة. ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً: وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال.

ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر. ففيه أيضاً وجهان:

أحدهما: الجواز. اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع.

والثاني: لا يجوز. ووجهه الوجهان: ما ذكرناه في المسألة قبلها، واختار القاضي أنه لا يجوز: وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون التمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة، بخلاف اللبن في الشاة. وهذا الفرق غير مؤثر، فإن ما يمنع إذا جاز إفراده يمنع، وإن لم يجز إفراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته، وما لا يمنع لا يمنع، وإن جاز إفراده كمال العبد.

فصل: وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فذلك ينقسم أقساماً.

أحدها: أن يكون غير المقصود يسيراً. لا يؤثر في كيل ولا وزن. كالملح فيما يعمل فيه وحبات الشعير في الحنطة. فلا يمنع. لأنه يسير لا يخل بالتماثل. وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع لذلك ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه، مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز. لأن وجود ذلك كعدمه.

الثاني: أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود. كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر. فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله. وينزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله، كالرطب بالرطب. ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لإفضائه إلى التفاضل فجرى مجرى بيع التمر بالرطب. ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج، لكون الماء لا يظهر في الشيرج.

الثالث: أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته، كاللبن المشوب بالماء والأثمان المغشوشة بغيرها. فلا يجوز بيع بعضها ببعض. لأن خلطه ليس من مصلحته. وهو يخل بالتماثل المقصود فيه. وإن باعه بجنس غير المقصود، كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم. احتمل الجواز. لأنه يبيعه بجنس غير مقصود فيه. فأشبه بيع اللبن بشاة فيها لبن، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الأصل وإن باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيها متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز. لأنه يخل بالتماثل المقصود. وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين. أولاهما: الجواز. لأنهما تماثلا في المقصود وفي غيره. ولا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة، لكون الغش غير مقصود، فكأنه لا قيمة له.

فصل: ولو دفع إليه درهماً. فقال: أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم وبنصفه فلوساً أو حاجة أخرى جاز لأنه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان. فصح كما لو دفع إليه درهمين وقال: بعني بهذا الدرهم فلوساً وأعطني بالآخر نصفين وإن قال: أعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً. لأن معناه ذلك ولأن ذلك لا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فإن قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقيناً. وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء.

فصل: وما كان مشتملاً على جنسين بأصل الخلقة، كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه، والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره وأشباه ذلك. فهذا إذا قوبل بمثله جاز بيعه به. ولا نظر إلى ما فيه. فإن النبي ﷺ «أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان» وقد علم اشتمالها على ما فيهما، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى، ففيه عن أحمد روايتان، قد ذكرناهما فيما مضى. فأما العسل قبل تصفيته فقال أصحابنا لا يجوز بيع بعضه ببعض لاشتماله على عسل وشمع وذلك بفعل النحل فأشبه السيف المُحلى.

فصل: ويحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الإسلام. وبه قال مالك والأوزاعي وأبو يوسف والشافعي وإسحاق. وقال أبو حنيفة: لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب، وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب: لا ربا بينهما. لما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه

قال: «لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب»[1] ولأن أموالهم مباحة وإنما حظرها الأمان في دار الإسلام، فما لم يكن كذلك كان مباحاً.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨] وعموم الأخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله: «من زاد أو ازداد فقد أربى» عام. وكذلك سائر الأحاديث. ولأن ما كان محرماً في دار الإسلام كان محرماً في دار الحرب، كالربا بين المسلمين. وخبرهم مرسل لا نعرف صحته. ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك: ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة. وانعقد الإجماع على تحريمه بخبر مجهول، لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل. ويحتمل أن المراد بقوله: «لا ربا» النهي عن الربا[2] كقوله: ﴿فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحربي إذا دخل دار الإسلام. فإن ماله مباح إلا فيما حظره الأمان. ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل. وهو محرم بالإجماع فكذا هاهنا.

مسألة: قال: (وإذا اشترى ذهباً بورق عيناً بعين، فوجد أحدهما فيما اشتراه عَيباً فله الخيار بين أن يرد أو يقبل إذا كان بصرف يومه، وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه).

معنى قوله: «عيناً بعين» هو أن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم ويشير إليهما وهما حاضران. وبغير عينه: أن يوقع العقد على موصوف غير مشار إليه. فيقول: بعتك ديناراً مصرياً بعشرة دراهم ناصرية، وإن وقع القبض في المجلس. وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر. وكل ذلك جائز، والمشهور في المذهب: أن النقود تتعين بالتعيين في العقود. فيثبت الملك في أعيانها. فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضة مع التعيين فيهما ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً لم يخل من قسمين:

أحدهما: أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع. مثل أن يجد الدراهم رصاصاً أو نحاساً، أو فيه شيء من ذلك، أو الدينار مسحاً. فالصرف باطل نص عليه أحمد وهو قول

---

(١) الحديث مرسل غريب، وهو يحتج بمرسل الثقة. والأصل في هذا عنده أن مال الحربي مباح الأصل، فالوسيلة لأخذه برضاه لا تخرجه عن أصله، بخلاف مال المستأمن والذمي. قالوا: ولذلك أجاز النبي ﷺ للصديق أكل القادر من بعض مشركي مكة لما راهنه على غلب الروم للفرس. وصرح بعضهم بأن المباح أن يأخذ المسلم مال الحربي دون العكس.

(٢) ممنوع خبر «لا» في الحديث.

الشافعي. وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات. إحداهن: البيع باطل. والثانية: البيع صحيح. لأن البيع وقع على عينه وللمشتري الخيار بين الإمساك أو الرد وأخذ البدل. والثالثة: يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله.

ولنا: إنه باعه غير ما سمى له فلم يصح، كما لو قال: بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار، أو هذا الثوب القز فوجده كتاناً. وأما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح فإن اشترى معيباً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش[1] كسائر المبيعات. ثم إن أبا بكر يقول فيمن دلس العيب: لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع فها هنا مع اختلاف الذات أولى.

القسم الثاني: أن يكون العيب من جنسه، مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تتفطر عند الضرب، أو سكتها مخالفة لسكة السلطان. فالعقد صحيح. والمشتري مخير بين الإمساك وبين فسخ العقد والرد. وليس له البدل. لأن العقد واقع على عينه. فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره. وإن قلنا: إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل. ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه. فأشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيباً. وإن كان العيب في بعضه فله رد الكل أو إمساكه. وهل له رد المعيب وإمساك الصحيح؟ على وجهين، بناءً على تفريق الصفقة. والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم في الجنسين على ما ذكرنا لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس أنه إذا وجد بعض العوض معيباً أن يبطل العقد في الجميع. لأن الذي يقابل المعيب أقل من الذي يقابل الصحيح فيصير كمسألة مد عجوة، ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا في هذا الفصل سواء.

فصل: ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد: وخرج القاضي وجهاً بجواز أخذ الأرش في المجلس؛ لأن الزيادة طرأت بعد العقد. وليس لهذا الوجه وجه. فإن أرش العيب من العوض يجبر به في المرابحة، ويأخذ به الشفيع، ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة. ولو لم يكن من العوض فبأي شيء استحقه المشتري؟ فإنه ليس بهبة، على أن الزيادة في المجلس من العوض ولو لم يكن أرشاً فالأرش أولى. وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الأرش في المجلس. لأن المماثلة غير معتبرة، وتخلف قبض بعض العوض عن بعض ما داما في المجلس لا يضر فجاز كما في سائر البيع. وإن كان بعد التفرق لم يجز. لأنه يفضي إلى حصول التفرق قبل القبض لأحد العوضين إلا أن يجعلا الأرش من غير جنس الثمن، كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز. وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض. فإذا كان الأرش مما لا يشترط قبضه، كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد

---

(١) الأرش: الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن الذي قبضه.

أحدهما[1] عيباً فأخذ أرشه درهماً جاز وإن كان بعد التفرق. لأنه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض.

فصل: قول الخرقي: «إذا كان بصرف يومه» يعني الرد جائز ما لم ينقص قيمة ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا. فإن نقصت قيمته كأن أخذ عشرة بدينار فصارت أحد عشر بدينار. فظاهر كلام أحمد والخرقي: أنه لا يملك الرد لأن المبيع تعيب في يده لنقص قيمته. وإن كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة بدينار لم يمنع الرد لأنه زيادة وليس بعيب، والصحيح: أن هذا لا يمنع الرد لأن تغير السعر ليس بعيب. ولهذا لا يضمن في الغصب ولا يمنع من الرد بالعيب في القرض ولو كان عيباً. فإن ظاهر المذهب: أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم. فله رده ورد أرش العيب الحادث عنده وأخذ الثمن.

فصل: وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ورد الموجود، وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلها أو عوضها إن اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه. ذكره ابن عقيل. وهو قول الشافعي. قال ابن عقيل: وقد روي عن أحمد جواز أخذ الأرش. والأول أولى، إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين.

فصل: إذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه. فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف، لأنهما تبايعا ذهباً بذهب متفاضلاً، فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد، فإن كان قال: بعتك هذاالدينار بهذا فالعقد باطل. لأنه باع ذهباً بذهب متفاضلاً. وإن قال: بعتك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً لمالكه. لأنه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد. لأنه إنما باع ديناراً بمثله. وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه. فإن أراد دفع عوض الزائد جاز، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه. لأنه معاوضة مبتدأة. وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك. لأن آخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيباً بعيب الشركة. ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه، إلا أن يكون في المجلس، فيرد الزائد ويدفع بدله. ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر. كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً لمالكه. لأنه قبضه على أنه عوض عن ماله. فكان مضموناً بهذا القبض ولمالكه التصرف فيه كيف شاء.

فصل: والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في النقد، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضاً فيه. فلا يجوز إبداله. وإن خرج مغصوباً بطل العقد. وبهذا قال مالك

---

(١) كذا في الأصل. ولعل أصله. فوجد في أحدهما عيباً.

والشافعي. وعن أحمد: أنها لا تتعين بالعقد. فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة. وهذا مذهب أبي حنيفة. لأنه يجوز إطلاقها في العقد فلا تتعين بالتعيين فيه كالمكيال والصنجة.

ولنا: إنه عوض في عقد فيتعين بالتعيين كسائر الأعواض. ولأنه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر. ويفارق ما ذكروه. فإنه ليس بعوض. وإنما يراد لتقدير العقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسألتنا.

مسألة؛ قال: (وإذا تبايعا ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً فله البدل إذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه، كالوضوح في الذهب والسواد في الفضة).

يعني اصطرفا في الذمة نحو أن يقول: بعتك ديناراً مصرياً بعشرة دراهم، فيقول الآخر: قبلت فيصح البيع، سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أو لم يكونا إذا تقابضا قبل الافتراق، بأن يستقرضا أو غير ذلك. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وحكي عن مالك: لا يجوز الصرف، إلا أن تكون العينان حاضرتين. وعنه: لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين. وعن زفر مثله. لأن النبي ﷺ قال: «لا تبيعوا غائباً منها بناجز» ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز.

ولنا: إنهما تقابضا في المجلس فصح، كما لو كانا حاضرين. والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بآجل، أو مقبوض بغير مقبوض. بدليل ما لو عين أحدهما فإنه يصح. وإن كان الآخر غائباً والقبض في المجلس يجري مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله: «عيناً بعين يداً بيد» والقبض يجري في المجلس كذا التعين.

فإذا ثبت هذا: فلا بد من تعيينها بالتقابض في المجلس. ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيباً قبل التفرق فله المطالبة بالبدل، سواء كان العيب من جنسه. أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق عيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالمسلم فيه. وإن رضيه بعيبه والعيب من جنسه جاز، كما لو رضي بالمسلم فيه معيباً. وإن اختار أخذ الأرش فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجز. لإفضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل. وإن كانا من جنسين جاز. فأما إن تقابضا وافترقا ثم وجد العيب من جنسه. فله إبداله في إحدى الروايتين. اختارها الخلال والخرقي. وروي ذلك عن الحسن وقتادة. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وهو أحد قولي الشافعي: لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه.

والرواية الثانية: ليس له ذلك. وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي. لأنه يقبضه بعد التفرق. ولا يجوز ذلك في الصرف. ومن صار إلى الرواية الأولى قال: قبض الأول صح به العقد، وقبض الثاني يدل على الأول. ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد. فإن تفرقا من غير قبض بطل العقد. وإن وجد البعض رديئاً فرده فعلى الرواية الأولى: له البدل. وعلى الثانية: يبطل في المردود. وهل يصح فيما لم يرد؟ على وجهين. بناءً على تفريق الصفقة. ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين. وقال مالك: إن وجد درهماً زيفاً فرضي به جاز. وإن رده انتقض الصرف في دينار. وإن رد أحد عشر درهماً انتقض الصرف في دينارين وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر.

ولنا: إن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض وإن اختار واجد العيب الفسخ. فعلى قولنا له البدل: ليس له الفسخ إذا أبدل له لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب. وعلى الرواية الأخرى له الفسخ أو الإمساك في الجميع. لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه مع إبقاء العقد. فإن اختار أخذ أرش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك. لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف إلا على الرواية الأخرى.

فصل: ومن شرط المصارفة في الذمة: أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها، وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فينصرف الإطلاق إليه. ولو قال بعتك ديناراً مصرياً بعشرين درهماً من نقد عشرة دينار. لم يصح، إلا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدينار إلا نوع واحد. فتنصرف تلك الصفة إليه. وكذلك الحكم في البيع.

فصل: إذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب، وللآخر عليه دراهم، فاصطرفا بما في ذمتهما. لم يصح. وبهذا قال الليث والشافعي. وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه. لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة. ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين.

ولنا: إنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالإجماع. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز. وقال أحمد: إنما هو إجماع. وقد روى أبو عبيد في الغريب «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء» وفسره بالدين بالدين، إلا أن الأثرم روى عن أحمد: أنه سئل أيصح في هذا حديث؟ قال: لا. وإنما صح الصرف بغير تعيين، بشرط أن يتقابضا في المجلس، فجرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد. ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء نظرت. فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح. نص عليه أحمد. وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجز. نص عليه أيضاً. لأن الدنانير دين والدراهم صارت ديناً فيصير بيع دين بدين. وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح. وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم

يقضه ذلك وقت دفعها إليه ثم أحضرها وقوماها فإنه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه. لأنها قبل ذلك لم تصر في ملكه إنما هي وديعة في يده. فإن تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالكها. ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها إذا قبضها بنية الاستيفاء. لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء. والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه، ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم ادراراً لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك. بل كان كل واحد منهما في ذمة من قبضه. فإذا أراد التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة.

فصل: ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ويكون صرفاً بعين وذمة، في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة وروي ذلك عن ابن مسعود. لأن القبض شرط وقد تخلف.

ولنا: ما روى أبو داود والأثرم في سننهما عن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فأتيت النبي ﷺ في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» قال أحمد: إنما يقضيه إياها بالسعر، لم يختلفوا أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي: إنه يقضيه مكانها ذهباً على التراضي لأنه بيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذ اختلف الجنس، كما لو كان العوض عرضاً. ووجه الأول: قول النبي ﷺ: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها» وروي عن ابن عمر: «أن بكر بن عبدالله المزني ومسروقاً العجلي سألاه عن كري[1] لهما له عليهما دراهم وليس معهما إلا دنانير؟ فقال ابن عمر: أعطوه بسعر السوق، ولأن هذا جرى مجرى القضاء فقيد بالمثل كما لو قضاه من الجنس والتماثل هاهنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة. قيل لأبي عبدالله: فإن أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه؟ فقال: إذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة ويزاد شيئاً كثيراً.

فصل: فإن كان المقضي الذي في الذمة مؤجلاً فقد توقف أحمد فيه. وقال القاضي: يحتمل وجهين:

أحدهما: المنع وهو قول مالك ومشهور قولي الشافعي: لأن ما في الذمة لا يستحق قبضه فكان القبض ناجزاً في أحدهما والناجز يأخذ قسطاً من الثمن.

---

(١) الكري: الأجير.

والآخر: الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكأنه رضي بتعجيل المؤجل، والصحيح الجواز إذا قضاه بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلاً لأجل تأجيل ما في الذمة لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضي بتعجيل ما في الذمة، بغير عوض، فأشبه ما لو قضاه من جنس الدين ولم يستفصل النبي ﷺ ابن عمر حين سأله: ولو افترق الحال لسأل واستفصل.

فصل: قال أحمد: ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع إليه ديناراً فقال: استوف حقك منه، فاستوفاه بعد يومين، جاز ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يجز أن يأخذ منها قدر حقه لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولأنه متهم، ولو باع جارية بدنانير فأخذ بها دراهم فردت الجارية بعيب أو إقالة لم يكن للمشتري إلا الدنانير لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف. نص أحمد على هذه المسائل.

فصل: إذا كان عليه دين مؤجل، فقال لغريمه: ضع عني بعضه وأعجل لك بقيته، لم يجز. كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحماد والحكم والشافعي ومالك والثوري كلاكما وهشيم وابن علية وإسحاق وأبو حنيفة. وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك قد أذن بحرب من الله ورسوله، وروي عن ابن عباس: أنه لم ير به بأساً. وروي ذلك عن النخعي وأبي ثور لأنه آخذ لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالاً، وقال الخرقي: لا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته، ولنا: إنه بيع الحلول فلم يجز كما لو زاده الذي له الدين. فقال له: أعطيك عشرة دراهم وتعجل لي لمائة التي عليك. فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض دخلت المسامحة فيه ولأنه سبب للعتق، فسومح فيه بخلاف غيره.

مسألة: قال: (فإن كان العيب دخيلاً عليه من غير جنسه، كان الصرف فيه فاسداً).

يعني إذا وجد أحدهما ما قبضه مغشوشاً بغش من غير جنسه فينظر فيه، فإن كان الصرف عيناً بعين فهو فاسد لما أسلفناه، وإن كان بغير عين وعلم ذلك في المجلس فرده وأخذ بدله فالصرف صحيح. لأنه عين المعقود عليه، وإن افترقا قبل رده فالصرف فيه فاسد أيضاً لأنهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضاً عن المعقود عليه. وهذا ظاهر كلام الخرقي. وقيل عن أحمد: إنه إذا أخذ البدل في مجلس الرد لم يبطل كما لو كان العيب من جنسه. وهذا فيما إذا لم يكن مشتري المعيب عالماً بعيبه، فأما إن علم بعيبه فاشتراه على ذلك

والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بدل، وإن كان من غير جنسه وكان الصرف ذهباً بذهب أو فضة بمثلها فالصرف فيه فاسد لأنه يخل بالتماثل إلا أن يبيع ذهباً أو فضة مغشوشاً بمثل غشه كبيعه ديناراً صورياً بمثله مع علمه بتساوي غشهما، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه، وإن باع مغشوشاً بغير مغشوش لم يجز إلا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسألة مد عجوة، وإن كان الصرف في جنسين كذهب بفضة انبنى على اتفاق المغشوشة.

فصل: وفي إنفاق المغشوش من النقود روايتان:

أظهرهما: الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس إلا شيئاً فيها فضة. فقال: إذا كان شيئاً اصطلحوا عليه مثل الفلوس واصطلحوا عليها فأرجوا أن لا يكون بها بأس.

والثانية: التحريم: نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها ويباع فلا يجوز أن يبتاع بها أحد، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام، وقال أصحاب الشافعي: إن كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها، وإن كان من مما له قيمة ففي جواز إنفاقها وجهان، واحتج من منع إنفاق المغشوشة بقول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا» وبأن عمر رضي الله عنه: نهى عن بيع نفاية بيت المال، ولأن المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة، والأولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطلح عليه فإن المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتماله على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعهما كما لو كانا متميزين، ولأن هذا مستفيض في الأعصار جار بينهم من غير نكير وفي تحريمه مشقة وضرر وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تغريراً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فإن ذلك يفضي إلى التغرير بالمسلمين وقد أشار أحمد إلى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها؟ قال يسبكها، قيل له: فيبيعها بدنانير؟ قال لا. قيل يبيعها بفلوس؟ قال لا. قيل فبسلعة؟ قال لا، إني أخاف أن يغر بها مسلماً. قيل لأبي عبدالله أيتصدق بها؟ قال إني أخاف أن يغر بها مسلماً وقال ما ينبغي له لأنه يغر بها المسلمين ولا أقول إنه حرام لأنه على تأويل وذلك إنما كرهته لأنه يغر بها مسلماً. فقد صرح بأنه إنما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نفاية بيت المال لما فيه من التغرير بالمسلمين فإن مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطلح على إنفاقه لم يكن نفاية، فإن قيل فقد روي عن عمر أنه قال: من زافت عليه دراهمه فليخرج بها إلى البقيع فليشتري بها سحق الثياب. وهذا دليل على جواز إنفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها. فلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أي نفيت ليس أنها زيوف فيتعين حمله على هذا جمعاً بين الروايتين عنه ويحتمل أنه أراد ما ظهر غشه

وبان زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تغرير وإن تعذر تأويلها تعارضت الروايتان عنه ويرجع إلى ما ذكرنا من المعنى ولا فرق بين ما كان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص والنحاس وما لا ثبات له كالزرنيخية والاندرانية وهو زرنيخ ونورة يطلى عليه فضة فإذا دخل النار استهلك الغش وذهب.

مسألة: قال: (ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما).

الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد، والأصل فيه قول النبي ﷺ: «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء» وقوله عليه السلام: «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد» ونهى النبي ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً، ونهى أن يباع غائب منها بناجز، كلها أحاديث صحاح، ويجزىء القبض في المجلس وإن طال، ولو تماشيا مصطحبين إلى منزل أحدهما أو إلى الصراف فتقابضا عنده جاز، وبهذا قال الشافعي وقال مالك: لا خير في ذلك. لأنهما فارقا مجلسهما، ولنا إنهما لم يفترقا قبل التقابض فأشبه ما لو كانا في سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما، وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الأسلمي للذين مشيا إليه من جانب العسكر: وما أراكما افترقتما. وإن تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لفوات شرطه، وإن قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح في المقبوض، على وجهين بناء على تفريق الصفقة، ولو وكل أحدهما وكيلاً في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه، وإن افترقا قبل قبض الوكيل بطل لأن القبض في المجلس شرط وقد فات، وإن تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لأنهما لم يفترقا قبل القبض ويحتمل أن يبطل إذا قلنا بلزوم العقد وهو مذهب الشافعي لأن العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض أشبه ما لو افترقا، والصحيح الأول فإن الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل، ثم يبطل بما إذا تخايرا قبل الصرف ثم اصطرفا فإن الصرف يقع لازماً صحيحاً قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس.

فصل: ولو صارف رجلاً ديناراً بعشرة دراهم وليس معه إلا خمسة دراهم لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة كلها فإن قبض الخمسة وافترقا بطل الصرف في نصف الدينار وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، وإن أراد التخلص فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه أو يفسخان العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها إليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون ما اشتراه منه له وما بقي أمانة في يده ثم يفترقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئاً أو جعله

سلماً في شيء أو وهبه له جاز. وكذلك إن وكله فيه. ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لا شيء عليه في تلفه. نص أحمد على أكثر هذه المسائل. فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملاً ودفع إليه الدارهم ثم اقترضها منه فاشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع إليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفعها إليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس.

فصل: وإذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمراً جنيباً أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدراهم وتقابضاها ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به، وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره ليبتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فيبتاع منه، وقال أحمد في رواية الأثرم يبيعها من غيره أحب إليّ قلت له: قال: لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي يقول هى ترجع إليه. قيل لأبي عبدالله فذهب ليشتري الدراهم الذهب التي أخذها منه من غيره[1] فلم يجدها فرجع إليه؟ فقال إذا كان لا يبالي اشترى منه ومن غيره فنعم. فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الإيجاب، ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال: إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعم. وقال مالك: إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا.

ولنا: ما روى أبو سعيد قال جاء بلال إلى النبي ﷺ بتمر برني فقال له النبي ﷺ: «من أين هذا؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ: «أوه عين الربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به» وروى أيضاً أبو سعيد وأبو هريرة «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر. فجاءه بتمر جنيب فقال: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا والله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله ﷺ: لا تفعل، بع التمر بالدراهم، ثم اشتر بالدراهم جنيباً»[2] متفق عليهما. ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه. ولو كان ذلك محرماً لبينه له وعرفه إياه. ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة. فجاز كما لو باعه من غيره. ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الإطلاق كسائر البياعات. فأما إن تواطآ على ذلك لم يجز.

---

(١) كذا في الأصل.
(٢) الجنيب نوع جيد من التمر.

وكان حيلة محرمة. وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز ما لم يكن مشروطاً في العقد.

ولنا: إنه إذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيل محرمة على ما سنذكره.

فصل: والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين. وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً، مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق ونحو ذلك. قال أيوب السختياني: «إنهم ليخادعون الله، كأنما يخادعون صبياً. لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل عليّ» فمن ذلك: ما لو كان مع رجل عشرة صحاح، ومع الآخر خمسة عشر مكسرة، فاقترض كل واحد منهما ما مع صاحبه، ثم تباريا توصلاً إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلاً أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة، ثم وهبه الخمسة الزائدة، أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته، أو اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح مثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوباً قيمته خمسة دنانير. وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها، أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلاً إلى أخذ عوض عن القرض. فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم. وبهذا قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: ذلك كله وأشباهه جائز. إذا لم يكن مشروطاً في العقد. وقال بعض أصحاب الشافعي: يكره أن يدخلا في البيع على ذلك. لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخلا عليه.

ولنا: إن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالاً وموعظة للمتقين، ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم. وقال بعض المفسرين في قوله تعالى: ﴿وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٨] أي لأمة محمد ﷺ، فروي: «أنهم كانوا ينصبون شباكهم للحيتان يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد. ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل إليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة. فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد، ثم يأخذها. ويقول ما اصطدت يوم السبت، ولا اعتديت فيه، فهذه حيلة، وقال النبي ﷺ من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار. ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار» رواه أبو داود وغيره فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار. وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً أو مأخوذاً منه، وإنما دخل صورة، تحيلاً على إباحة المحرم وسائر الحيل مثل ذلك ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها، والضرر الحاصل منها. ولا تزول مفسدتها مع إبقاء معناها بإظهارهما صورة غير صورتها. فوجب أن لا يزول التحريم، كما لو سمى الخمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها. وقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «ليستحلن قوم من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها».

ومن الحيل في غير الربا: ـ أنهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بأمثال أجرته، ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك، وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل، ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك. وإنما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما سماه أجرة، والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك. وربما لا ينتفع بالأرض التي سمى الأجرة في مقابلتها. ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة، ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير. ورب الأرض يعلم ذلك.

فصل: ولو اشترى شيئاً بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحاً أقل منها. قال أحمد هذا هو الربا المحض. وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما، ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك. فإن تفاسخا البيع ثم عقدا بالصحاح أو بالمكسرة جاز ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق[1]. فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضاً. فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني. لأنه تضمن اشتراط زيادة تمن العقد الأول. وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضاً. لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه، وإن كان بعد تفرقهما فلزومه لم يؤثر ذلك فيه. ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به. ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا.

فصل: إذا كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به، وهو معلوم بقاؤه، أو مظنون. صح الصرف. وإن ظن أنه غير موجود لم يصح الصرف. لأن حكمه حكم المعدوم. وإن شك فيه فقال ابن عقيل: يصح وهو قول بعض الشافعية وقال القاضي: لا يصح. لأنه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي.

ووجه الأول: أن الأصل بقاؤه. فصح البناء عليه عند الشك. فإن الشك لا يزيل اليقين. ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته فإن تبين أنه كان تالفاً حين العقد تبينا أن العقد وقع باطلاً.

فصل: ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لأنه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المماثلة بينهما. فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة. وإن بيع بغير جنسه، فحكى ابن المنذر عن أحمد: كراهة بيع تراب المعادن. وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والأوزاعي وإسحاق. لأنه مجهول. وقال ابن أبي موسى في الإرشاد. يجوز ذلك. وهو قول مالك. وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث، قالوا: فإن اختلط أو أشكل فليبعه بعرض، ولا يبعه بعين ولا ورق. لأنه باعه بما لا ربا فيه. فجاز كما لو اشترى ثوباً بدينار ودرهم.

---

(١) الشق نصف كل شيء.

مسألة: قال: (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله ﷺ: هو أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطباً).

في هذه المسألة فصول خمسة:

أولها: في إباحة بيع العرايا في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم. منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: لا يحل بيعها. لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع المزابنة والمزابنة: بيع الثمر بالثمر» متفق عليه. ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز، كما لو كان على وجه الأرض أو فيما زاد على خمسة أوسق.

ولنا: ما روى أبو هريرة «أن النبي ﷺ رخص في العرايا في خمسة أوسق، أو دون خمسة أوسق» متفق عليه ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حثمة وغيرهما. وخرجه أئمة الحديث في كتبهم. وحديثهم في سياقه «إلا العرايا» كذلك في المتفق عليه. وهذه زيادة يجب الأخذ بها. ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه، جمعاً بين الحديثين وعملاً بكلا النصين. وقال ابن المنذر: الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا. وطاعة رسول الله ﷺ أولى. والقياس لا يصار إليه مع النص مع أن في الحديث «أنه أرخص في العرايا» والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاظر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال.

الفصل الثاني: أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها. فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله. وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه. وقال مالك والشافعي في قول: يجوز. ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد. لأن في حديث زيد وسهل «أنه رخص في العرية» مطلقاً. ثم استثنى «ما زاد على الخمسة» في حديث أبي هريرة. وشك في الخمسة فاستثنى اليقين، وبقي المشكوك فيه على مقتضى الإباحة.

ولنا: إن النبي ﷺ «نهى عن المزابنة، والمزابنة بيع الرطب بالتمر» ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة. فيبقى على العموم في التحريم. ولأن العرية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقيناً فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها. فلا تثبت إباحتها مع الشك. وروى ابن المنذر بإسناده «أن النبي ﷺ رخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة» والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه. كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر. وروى مسلم عن سهل «أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين» ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد

عليها. بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها. ولأنها قدر تجب الزكاة فيه. فلم يجز بيعه عرية كالزائد عليها. فأما قولهم: أرخص في العرية مطلقاً فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها. بل الرخصة واحدة. رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيحب حمل المطلق على المقيد. ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر. ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقاً.

فصل: ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة، سواء اشتراها من واحد أو من جماعة. وقال الشافعي: يجوز للإنسان بيع جميع ثمر حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة. لعموم حديث زيد وسهل. ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع.

ولنا: عموم النهي عن المزابنة، استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم. ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعاً واحداً لا يجوز في عقدين، كالذي على وجه الأرض، وكالجمع بين الأختين. فأما حديث سهل فإنه مقيد بالنخلة والنخلتين: بدليل ما روينا. فيدل على تحريم الزيادة عليهما. ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد. فأما إن باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي: لا يجوز لما ذكرنا في المشتري.

ولنا: إن المغلب في التجويز حاجة المشتري بدليل ما روى محمود بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت «ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه. وعندهم فضول من التمر. فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً» وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق. ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الإرفاق[1]، إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة. فإن قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني، وإن اشترى عريتين أو باعهما وفيهما أقل من خمسة أوسق جاز وجهاً واحداً.

الفصل الثالث: أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهبة لبائعها. هذا ظاهر كلام أصحابنا، وبه قال الشافعي. وظاهر قول الخرقي أنه شرط. وقد روى الأثرم قال سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا. فقال: العريا أن يعرى الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فللمعري أن يبيعها ممن شاء. وقال مالك: بيع العرايا الجائز هو أن يعرى الرجل الرجل

---

(١) الإرفاق الدفع.

نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعرى، لأنه ربما كان مع أهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه. فيجوز أن يشتريها منه واحتجوا بأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاماً قال أبو عبيد. الإعراء: أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك. قال الشاعر الأنصاري يصف النخل:

ليست بسنهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح

يقول: إنا نعريها الناس، فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لغة. ومقتضاه في العربية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك.

ولنا: حديث زيد بن ثابت. وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب. ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها. ولم يجز بيعها بالتمر. لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخيل الكثير يعريه الناس أنه: لا يعجز عن أداء ثمن العرية. وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها. لأن علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر، فمتى وجد ذلك جاز البيع، ولأن اشتراط كونها موهبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطباً ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة. إذ لا يكاد يتفق ذلك، ولأن ما جاز بيعه إذا كان موهباً جاز وإن لم يكن موهوباً كسائر الأموال. وما جاز بيعه لواهبه جاز لغيره كسائر الأموال. وإنما سمي عرية لتعريه عن غيره وإفراده بالبيع.

الفصل الرابع: أنه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر، لا أقل منه ولا أكثر. ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوماً بالكيل. ولا يجوز جزافاً. لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً. لما روى زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً» متفق عليه. ولمسلم «أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً» ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين، سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر بقضية الأصل. ولأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر. وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر. ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر صحته مع كثرته. ومعنى خرصها بمثلها من التمر: أن يطيف الخارص بالعرية فينظر: كم يجيء منها تمراً؟ فيشتريها المشتري بمثلها تمراً. وبهذا قال الشافعي. ونقل حنبل عن أحمد أنه قال: يخرصها رطباً ويعطي تمراً رخصة. وهذا يحتمل الأول. ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع. ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال، وأن لا يباع الرطب بالتمر. خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل. وقال القاضي: **الأول**: أصح. لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر الصحيح ثم خرصه تمراً ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله

تمراً يفضي إلى فوات ذلك. فأما إن اشتراها بخرصها رطباً لم يجز. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. والثاني: يجوز. والثالث: لا يجوز مع اتفاق النوع. ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه: ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ «أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب، أو التمر. ولم يرخص في غير ذلك» ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال. فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى.

ولنا: ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمراً» وعن سهل بن أبي حثمة «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر وقال: ذلك الربا تلك المزابنة إلا أنه رخص في العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً. ولأنه مبيع يجب فيه مثله تمراً فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف، ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده. وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه. وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر. فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الأحاديث تبينه وتزيل الشك.

فصل: ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس. وهذا قول الشافعي. ولا نعلم فيه مخالفاً. لأنه بيع تمر بتمر. فاعتبر فيه شروطه. إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منهما على حسبه، ففي التمر. اكتياله أو نقله. وفي الثمرة: التخلية وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل. بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة ثم مضيا جميعاً إلى النخلة فسلمها إلى مشتريها ثم مشيا إلى التمر فتسلمه من مشتريها، أو تسلم التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعاً فسلمها إلى مشتريها، أو سلم النخلة ثم مضيا إلى التمر فتسلمه جاز. لأن التفرق لا يحصل قبل القبض.

إذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين:

أحدهما: أن يقول: بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه.

والثاني: أن يكيل من التمر بقدر خرصها، ثم يقول: بعتك هذا بهذا، أو يقول: بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا. وإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه، وإن باع بموصوف فقبضه باكتياله.

الفصل الخامس: أنه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطباً. ولا يجوز بيعها لغني. وهذا أحد قولي الشافعي: وأباحها في القول الآخر مطلقاً لكل أحد لأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البياعات، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان.

ولنا: حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد. «ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه، وعندهم فضول من التمر. فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً» ومتى خولف الأصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط. ولأن ما أبيح للحاجة لم يبح مع عدمها، كالزكاة للمساكين. والترخص في السفر، فعلى هذا: متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب، أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشتري به العرية. لم يجز له شراؤها بالتمر، وسواء باعها لواهبها تحرزاً من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك، أو لغيره. بأنه لا يجوز. وقال ابن عقيل: يباح ويحتمله كلام أحمد. لأن الحاجة وجدت من الجانبين. فجاز، كما لو كان المشتري محتاجاً إلى أكلها.

ولنا: حديث زيد الذي ذكرناه. والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه. ولأن في حديث زيد وسهل «يأكلها أهلها رطباً» ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك.

فيشترط إذاً في بيع العرية شروط خمسة: أن يكون فيها دون خمسة أوثق، وبيعها بخرصها من التمر، وقبض ثمنها قبل التفرق، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر. واشترط القاضي وأبو بكر شرطاً سادساً، وهو حاجة البائع إلى البيع. واشترط الخرقي: كونها موهوبة لبائعها. واشترط أصحابنا لبقاء العقد: أن يأكلها أهلها رطباً. فإن تركها حتى تصير تمراً بطل العقد. وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (فإن تركه المشتري حتى يتمر بطل العقد).

يعني إن لم يأخذها المشتري رطباً بطل العقد، خلافاً للشافعي في قوله: لا يبطل. وعن أحمد مثله، لأن كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمراً كغير العرية.

ولنا: قول النبي ﷺ: «يأكلها أهلها رطباً» ولأن شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد. ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها، أو ما حاجته إليها أو تركها لعذر، أو لغير عذر للخبر. ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأتمرت، أو شمسها حتى صارت تمراً جاز. لأنه قد أخذها. ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها. لا يبطل البيع. فيخرج هاهنا مثله. فإن أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أتمر، فهل يبطل البيع في الباقي؟ على وجهين.

فصل: ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل. وهو اختيار ابن حامد وقول الليث بن سعد إلا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا. فيجوز بيع رطبها بيابسها لعدم جريان الربا فيها. ويحتمل أن يجوز في العنب والرطب دون غيرهما. وهو قول الشافعي. لأن العنب كالرطب في

وجوب الزكاة فيهما: وجواز خرصهما وتوسيقهما، وكثرة تيبيسهما، واقتياتهما في بعض البلدان، والحاجة إلى أكل رطبهما والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله. ولا يجوز في غيرهما لاختلافهما في أكثر هذه المعاني. فإنه لا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان، واستتارها بالأوراق ولا يقتات يابسها. فلا يحتاج إلى الشراء به. وقال القاضي: يجوز في سائر الثمار. وهو قول مالك والأوزاعي، قياساً على ثمرة النخيل.

ولنا: ما روى الترمذي «أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم. وعن بيع العنب بالزبيب، وكل ثمرة بخرصها» وهذا حديث حسن. وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر. وعن زيد بن ثابت عن رسول الله ﷺ «أنه رخص بعض ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر. ولم يرخص في غير ذلك» وعن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع العنب بالزبيب كيلاً، وعن كل ثمرة بخرصه» ولأن الأصل يقتضي تحريم بيع العرية، وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة. ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين:

أحدهما: أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة. وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره.

الثاني: أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً. وقياسهم يخالف نصوصاً غير مخصوصة، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهي النبي ﷺ عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص فيقاس عليه وكذلك سائر الثمار. والله أعلم.

باب بيع الأصول والثمار

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (ومن باع نخلاً مؤبراً ـ وهو ما قد تشقق طلعه ـ فالثمرة للبائع متروكة في النخل إلى الجزاز إلا أن يشترطها المبتاع).

أصل الإبار عند أهل العلم: التلقيح. قال ابن عبد البر: إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر الثمرة فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه. والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال: أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد، فهي مؤبرة ومأبورة. ومنه قول النبي ﷺ: «خير المال: سكة مأبورة» والسكة: النخل المصفوف. وأبرت النخلة آبرها أبراً، وإباراً وأبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة وائتبرت، ومنه قول الشاعر:

تأبري يا خيرة الفسيل[1]

وفسر الخرقي المؤبر: بما قد تشقق طلعه. لتعلق الحكم بذلك، دون نفس التأبير. قال القاضي: وقد يشقه الصعاد[2] فيظهر. وأيهما كان فهو التأبير المراد هاهنا. وفي هذه المسألة فصول ثلاثة:

الأول: أن البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة، وكانت الثمرة مؤبرة. فهي للبائع، وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري. وبهذا قال مالك والليث والشافعي. وقال ابن أبي ليلى: هي للمشتري في الحالين لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة. فكانت تابعة له كالأغصان، وقال أبو حنيفة والأوزاعي: هي للبائع في الحالين. لأن هذا نماء له حد. فلم يتبع أصله في البيع، كالزرع في الأرض.

---

(١) الفسيل: صغار النخل.
(٢) الصعاد: الطلاع الذي يؤبر النخل.

ولنا: قول النبي ﷺ: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه، وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى، وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي بمفهومه. لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة. فيكون ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حداً، ولا كان ذكر التأبير مفيداً. ولأنه نماء كامن لظهوره غاية. فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره، كالحمل في الحيوان. فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية. والزرع ليس من نماء الأرض. وإنما هو مودع فيها.

الفصل الثاني: أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، البائع فيه والمشتري سواء. وقال مالك: إن اشترطها المشتري بعد التأبير جاز. لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها، وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يجز. لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها.

ولنا: إنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم. فصح كما لو باع حائطاً واستثنى نخلة بعينها. ولأن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا[1] إلا أن تعلم» ولأنه أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمرة كالمشتري. وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه. وبقوله عليه السلام: «إلا أن يشترطها المبتاع» ولو اشترط أحدهما جزءاً من الثمرة معلوماً كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء. وقول أشهب من أصحاب مالك. وقال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط بعضها. لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها.

ولنا: إن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار. وكذلك القول في مال العبد إذا اشترط بعضه.

الفصل الثالث: إن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز، سواء استحقها بشرطه أو بظهورها. وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها وتفريغ النخل منها. لأنه مبيع مشغول بملك البائع. فلزم نقله وتفريغه، كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له.

ولنا: إن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة، كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك. وهو أن ينقله نهاراً شيئاً بعد شيء. ولا يلزمه النقل

---

(١) المراد بالثنا الاستثناء.

ليلاً، ولا جمع دواب البلد لنقله. كذلك هاهنا يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها. وهو أوان جزازها. وقياسه حجة لنا لما بيناه.

إذا تقرر هذا: فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة. فإذا كان المبيع نخلاً فحين تتناهى حلاوة ثمره إلا أن يكون مما بسره خير من رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسراً. فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره لأن هذا هو العادة، فإذا استحكمت حلاوته فعليه نقله. وإن قيل: بقاؤه في شجره خير له وأبقى فعليه النقل لأن العادة في النقل قد حصلت وليس له إبقاؤه بعد ذلك. وإن كان المبيع عنباً أو فاكهة سواه فأخذه حين يتناهى إدراكه وتستحكم حلاوته ويجز مثله. وهذا قول مالك والشافعي.

فصل: فإن أبر بعضه دون بعض. فالمنصوص عن أحمد: أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري. وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة. فإن صريحه: أن ما أبر للبائع. ومفهومه: أن ما لم يؤبر للمشتري. وقال ابن حامد: الكل للبائع. وهو مذهب الشافعي. لأنا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان. فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر، كثمر النخلة الواحدة فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع، وقد يتبع الباطل الظاهر منه، كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، ولأن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع. كذا هاهنا. وهذا من النوع الواحد. لأن الظاهر: أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق. فأما إن أبر لم يتبعه النوع الآخر. ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله. وهو ظاهر مذهب الشافعي. لأنه يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي كما في النوع الواحد.

ولنا: إن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر، ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما. فأشبها الجنسين. وما ذكره يبطل بالجنسين، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه. ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره. وخرج القاضي وجهاً في أنه يتبع غير المبيع ويكون للبائع. لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، ولا يصح هذا. لأن المبيع لم يؤبر منه شيء، فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر، وكما لو كان منفرداً في بستان وحده، ولأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر. فبقي على حكم الأصل. فإن بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للمشتري. لأنه حدث في ملكه. فكان له كما لو حدث بعد جزاز الثمرة. ولأن ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به لتباعد ما بينهما.

فصل: وطلع الفحال[1] كطلع الإناث. وهو ظاهر كلام الشافعي. ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره. لأنه يؤخذ للأكل قبل ظهوره. فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة كالتين. ويكون ظهور طلعه كظهور غيره.

ولنا: إنها ثمرة نخل إذا تركت ظهرت فهي كالإناث أو يدخل في عموم الخبر. وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح. فإن أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتلقيح به، وهو يكون بعد ظهوره. فأشبه طلع الإناث فإن باع نخلاً فيه فحال وإناث لم يشقق منه شيء. فالكل للمشتري إلا على الوجه الآخر. فإن طلع الفحال يكون للبائع. وإن كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر فما تشقق فهو للبائع وما لم يتشقق للمشتري، إلا عند من سوى بين الأنواع كلها. وإن تشقق طلع بعض الإناث أو بعض الفحال فالذي قد ظهر للبائع، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه.

فصل: وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الأصل وغير المؤبرة لمن انتقل إليه. مثل أن يصدق المرأة نخلاً، أو يخلعها به، أو يجعله عوضاً في إجارة أو عقد صلح لأنه عقد معاوضة. فجرى مجرى البيع. وإن انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن. أو فسخ لأجل العيب، أو فلس المشتري، أو رجوع الأب في هبته لولده، أو تقايلا المبيع، أو كان صداقاً رجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح، أو نصفه لطلاق الزوج. فإنه في الفسخ يتبع الأصل، سواء أبر أو لم يؤبر. لأنه نماء متصل. فأشبه السمن، وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في أنه يتبع قبل التأبير، ولا يتبع فيهما بعده. لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ. فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع. وأما رجوع البائع لفلس المشتري أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما.

مسألة: قال: (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه تمر باد).

وجملة ذلك: أن الشجر على خمسة أضرب:

أحدها: ما يكون ثمره في أكمامه ثم تتفتح الأكمام فيظهر كالنخل الذي وردت السنة فيه وبينا حكمه، وهو الأصل. وما عداه مقيس عليه وملحق به. ومن هذا الضرب: القطن وما يقصد نوره، كالورد والياسمين والنرجس والبنفسج فإنه تظهر أكمامه ثم تتفتح فيظهر. فهو كالطلع إن تفتح جنبذه[2] فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري.

---

(١) الفحال: بضم الفاء وتشديد الحاء ذكر النخل.

(٢) الجنبذ: ما يغطي الثمرة وهو في النخل الجمار.

الثاني: ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور، كالتين والتوت والجميز، فهن للبائع. لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره.

الثالث: ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل، كالرمان والموز. فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور. لأن قشره من مصلحته. ويبقى فيه إلى حين الأكل. فهو كالتين. ولأن قشره ينزل منزلة أجزائه للزومه إياه، وكونه من مصلحته.

الضرب الرابع: ما يظهر في قشرين، كالجوز واللوز. فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور. لأن قشره لا يزول عنه غالباً إلا بعد جزازه فأشبه الضرب الذي قبله. ولأن قشر اللوز يؤكل معه. فأشبه التين. وقال القاضي: إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع. وإن لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع. ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً. ولا يصح قياسه على الطلع. لأن الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه فإنه لا يتشقق على شجره، وتشققه قبل كماله يفسده.

الخامس: ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة، كالتفاح والمشمش والإجّاص[1] والخوخ. فإذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع، وإن لم تظهر فهي للمشتري وقيل: ما تناثر نوره فهو للبائع، وما لا فهو للمشتري. لأن الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور. وقال القاضي: يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره. لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر فإن العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة. وإنما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر؛ فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة وقول الخرقي يقتضي ما قلناه. لأنه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر بادياً لا يبدو نوره، ولا يبدو الثمر حتى لا يتفتح نوره، وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور. فتعلق ذلك بظهوره، والعنب بمنزلة ما له نور لأنه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور، فيكون من هذا القسم. والله أعلم. وهذا يفارق الطلع. لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا هاهنا أو قريباً منه. وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريباً منه.

فصل: فأما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال لأنه من أجزائها خلق لمصلحتها، فهو كأجزاء سائر المبيع. ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري: لأنه بمنزلة الجنبذ الذي يتفتح

---

(١) الإجّاص: الكمثرى أو فاكهة تشبهها.

فيظهر نوره من الورد وغيره. وهذا في المواضع التي عـادتهم أخذ الـورق[١] وإن لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر ورق الشجر. والله أعلم.

ــ **فصل**: وإذا كانت الثمرة للبائـع مبقاة في شجـر المشتري، فـاحتاجت إلى سقي. لم يكن للمشتري منعه منه. لأنه يبقى به. فلزمه تمكينه منه كـتركه عـلى الأصول. وإن أراد سقيهـا من غير حاجة فللمشتري منعه منه لأنـه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غـيره. ولأن الأصل منعـه من التصرف في ملك غيره. وإنما أباحته الحاجة فإن لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع. فـإن احتـاجت إلى السقي وفيه ضرر عـلى الشجر، أو احتـاج الشجر إلى سقي يضر بـالثمرة. فقـال القـاضي: أيهما طلب السقي لحـاجته أجـبر الآخر عليـه. لأنه دخـل في العقد عـلى ذلك: فـإن المشتري اقتضى عقده تبقية الثمرة والسقي من تبقيتها، والعقد اقتضى تمكـين المشتري من حفظ الأصول وتسليمها فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد لـلآخر وإن أضر به. وإنما لـه أن يسقي بقدر حاجتـه. فإن اختلفـا في قدر الحـاجة رجـع إلى أهل الخـبرة، وأيهما التمس السقي فـالمؤنة عليه. لأنه لحاجته.

فصل: فإن خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها. لأنها مستحقة للبقاء، فلم يجـبر على إزالتهـا لدفـع ضـرر يسير عن غـيره. وإن كان كثيراً فخيف عـلى الأصول الجفـاف أو نقص حملها ففيـه وجهان. أحـدهما: لا يجـبر أيضاً لذلك. الثاني يجبر على القطع لأن الضرر يلحقها وإن لم تقطع والأصـول تسلم بالقـطع، فكان القطع أولى. وللشافعي قولان كالوجهين.

فصل: وإذا باع شجراً فيه ثمر للبائع فحدثت ثمرة أخرى، أو اشـترى ثمرة في شجـرها فحدثت ثمرة أخرى. فإن تميزتا فلكـل واحد ثمـرته. وإن لم تتميـز إحداهمـا من الأخرى فهـما شريكان فيهما، كل واحد بقدر ثمرته. فإن لم يعلم قدر كل واحـدة منهما اصـطلحا عليهـا، ولا يبطل العقد. لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره. فهو كـما لو اشـترى طعامـاً في مكان فانثال عليه طعام للبائع، أو انثال هو على طعام للبائع، ولم يعرف قدر كل واحد منهما. ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها، أو اشترى عرية فتركهـا حتى أثمرت. فإن العقـد يبطل في إحـدى الروايتـين، لكون اختـلاط المبيع بغـيره حصل بـارتكاب النهي، وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحهـا، أو شراء الرطب بـالتمر من غـير كيل من غير حاجة إلى أكله رطباً. وهاهنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرم. وجمع أبو الخـطاب بينهما فقـال: في الجميع روايتـان: إحداهمـا: يبطل العقـد. والأخـرى: لا

---

(١) المعقول أن الحكم للعادة والعرف في كل عقد أطلق ولم يشترط البائع فيه لنفسه الثمر. والحديث في النخـل المؤبر مبني على أنه كان ذلك عرفهم، لا أنه تعبدنا به.

يبطل. وقال القاضي: إن كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى، قيل لكل واحد: اسمح بنصيبك لصاحبك فإن فعله أحدهما أقررنا العقد، وأجبرنا الآخر على القبول. لأنه يزول به النزاع وإن امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما إلى قدر حقه. وإن اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري: اسمح بنصيبك. لأن الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله، ونقول للبائع ذلك. فإن سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول، وإلا فسخ البيع بينهما، وهذا مذهب الشافعي. قال ابن عقيل: لعل هذا قول لبعض أصحابنا. فإنني لم أجده معزياً[1] إلى أحمد. والظاهر أن هذا اختيار القاضي. وليس بمذهب لأحمد. ولو اشترى حنطة فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى. والله أعلم.

فصل: إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة، كالحنطة والشعير والقطاني، وما المقصود منه مستتر، كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهها فاشترطه للمشتري. فهو له قصيلاً[2] كان أو ذا حب. مستتراً أو ظاهراً، معلوماً أو مجهولاً. لكونه دخل في البيع للأرض. فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها. وإن أطلق البيع فهو للبائع. لأنه مودع في الأرض فهو كالكنز والقماش ولأنه يراد للنقل. فأشبه الثمرة المؤبرة، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً. ويكون للبائع مبقي في الأرض إلى حين الحصاد بغير أجرة. لأن المنفعة حصلت مستثناة له، وعليه حصاده في أول وقت حصاده. وإن كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: عليه نقله عقيب البيع، كقوله في الثمرة. وقد قضى الكلام فيها. وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي. لأن له وقتاً يقطع فيه إلا أن العروق تكون للمشتري. لأنها تترك في الأرض للبقاء فيها. والقصب نفسه كالثمرة، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشتري. وأما قصب السكر فإنه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع. فإن حصده قبل الحصاد لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها. لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع. فتقدر ببقائه، كالثمرة على الشجرة وكما لو كان المبيع طعاماً لا ينقل مثله عادة إلا في شهر لم يكلف إلا ذلك فإن تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز،كذلك هاهنا ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق نستضر بها الأرض، كعروق القطن والذرة، فعلى البائع إزالتها، وإن تحفرت الأرض فعليه تسوية حفرها. لأنه استصلاح لملكه فصار كما لو باع داراً فيها خابية[3] كبيرة لا تخرج إلا بهدم باب الدار

(١) الصواب: معزواً.
(٢) القصيل: ما يقطع من الزرع قبل نموه.
(٣) الخابية: الجرة الكبيرة.

فهدمها. كان عليه الضمان، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير إذن الأول ولا فعل صدر عنه النقص واستند إليه. كان الضمان على مدخل النقص.

فصل: وإن باع أرضاً وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى فالأصول للمشتري والجزة الظاهرة عند البيع للبائع، سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا والبقول، أو أكثر كالرطبة. وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فإنه ليس لذلك حد ينتهي إليه ولأن ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً. والزيادة من الأصول التي هي ملك للمشتري، وكذلك إن كان الزرع مما تكرر ثمرته. كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه. فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع. لأن ذلك مما تتكرر الثمرة فيه. فأشبه الشجر، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الأرض كالبنفسج والنرجس. فالأصول للمشتري. لأنه جعل في الأرض للبقاء فيها فهو كالرطبة. وكذلك أوراقه وغصونه. لأنه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه. وأما زهرته فإن كانت قد تفتحت فهي للبائع، وإلا فهي للمشتري على ما ذكرناه فيما مضى. واختار ابن عقيل في هذا كله: أن البائع إن قال: بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخل؟ على وجهين كالشجر.

فصل: وإذا اشترى أرضاً فيها بذر فاستحق المشتري أصله، كالرطبة والنعناع والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو له. لأنه ترك في الأرض للتبقية فهو كأصول الشجر. ولأنه لو كان ظاهراً كان له. فالمستتر أولى سواء علقت عروقه في الأرض أولا. فإن كان بذراً لما يستحقه البائع فهو له، إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له. وقال الشافعي: البيع باطل. لأن البذر مجهول وهو مقصود.

ولنا: إن البذر يدخل تبعاً في البيع فلم يضر جهله، كما لو اشترى عبداً فاشترط ماله. ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة، والحمل مع الأم، والسقوف في الدار، وأساسات الحيطان تدخل تبعاً في البيع، ولا تضر جهالتها، ولا تجوز مفردة، وإن لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وإمضائه. لأنه يفوت عليه منفعة الأرض عاماً. فإن رضي البائع بتركه للمشتري أو قال: أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري. لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله. لأن فيه تصحيحاً للعقد. وهذا مذهب الشافعي. وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلع فبان أنه مؤبر فله الخيار. لأنه يفوت المشتري ثمرة عامه ويضر بقاؤها بنخله. فإن تركها له البائع لم يكن له خيار. فإن قال: أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لأن ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها. وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع، والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضاً كما لو جهل وجوده، لأنه إنما رضي ببذل

ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيها فإذا بان خلاف ذلك ينبغي أن يثبت له الخيار كالمشتري للمعيب يظنه صحيحاً. وإن اختلفا في جهله لذلك. فالقول قول المشتري إذا كان ممن يجهل ذلك لكونه عامياً فإن هذا مما يجهله كثير من الناس. وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله. لأن الظاهر أنه لا يجهله.

فصل: إذا باعه أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع. وكذلك إذا قال: رهنتك هذه الأرض بحقوقها. دخل في الرهن غراسها وبناؤها وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخل الغراس والبناء فيهما؟ على وجهين. ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن. واختلف أصحابه في ذلك. فمنهم من قال فيهما جميعاً قولان. ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ومنهم من قال: إنهما سواء. لأن ما تبع في البيع تبع في الرهن، كالطرق والمنافع. وفيهما جميعاً وجهان:

أحدهما: يدخل البناء والشجر. لأنهما من حقوق الأرض. ولذلك يدخلان إذا قال: بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالإطلاق كطرقها ومنافعها.

والثاني: لا يدخلان. لأنهما ليسا من حقوق الأرض. فلا يدخلان في بيعها ورهنها، كالثمرة المؤبرة. ومن نصر الأول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها، بخلاف الشجر والبناء. فإن قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط. ولذلك لا تسمى الأرض المكشوفة بستاناً. قال ابن عقيل: ويدخل فيه البناء لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء، ويحتمل أن لا يدخل.

فصل: وإن باعه شجراً لم تدخل الأرض في البيع. ذكره أبو إسحاق بن شاقلا. لأن الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع.

فصل: وإن قال: بعتك هذه القرية. فإن كانت في اللفظ قرينة، مثل المساومة على أرضها، أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح إلا فيها وفي أرضها. دخل في البيع. لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها، والقرينة صارفة إليه ودالة عليه. فأشبه ما لو صرح به، وإن لم يكن قرينة تصرف إلى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها. فإن القرية اسم لذلك. وهو مأخوذ من الجمع. لأنه يجمع الناس، وسواء قال: بحقوقها أو لم يقل. وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الأرض، إن قال: بحقوقها دخل، وإن لم يقل فعلى وجهين.

فصل: وإن باعه داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها وما هو متصل بها، مما هو من مصلحتها كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والأوتاد المغروزة والحجر

المنصوب من الرحى وأشباه ذلك، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها، كالكنز والأحجار المدفونة. لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها. فأشبه الفرش والستور، ولا ما كان منفصلاً عنها يختص بمصلحتها كالفرش والستور والطعام والرفوف الموضوعة على الأوتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط، والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحى إذا لم يكن واحد منهما منصوباً والخوابي الموضوعة من غير أن يطين عليها ونحوه. لأنه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها. فأشبه الثياب. وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها، كالمفتاح والحجر الفوقاني من الرحى إذا كان السفلاني منصوباً فيحتمل وجهين:

أحدهما: يدخل في البيع لأنه لمصلحتها. فأشبه المنصوب فيها.

والثاني: لا يدخل. لأنه منفصل عنها. فأشبه السفلاني إذا لم يكن منصوباً والقفل والدلو ونحوهما. ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا سواء.

فصل: وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها، كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للمشتري بالبيع لأنه من أجزائها فهي كحيطانها وترابها والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا وإذا كان المشتري عالماً بذلك فلا خيار له. وإن لم يكن عالماً به وكان ذلك يضر بالأرض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب. وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن أو الإمساك وأخذ أرش العيب كما في سائر المبيع. فأما إن كانت الحجارة أو الآجر مودعاً فيها للنقل عنها فهي للبائع، كالكنز وعليه نقلها وتسوية الأرض إذا نقلها وإصلاح الحفر. لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه. فكان عليه إزالته. وإن كان قلعها يضر بالأرض أو تتطاول مدته، ولم يكن المشتري عالماً. فله الخيار كما ذكرنا. لأنه عيب. وإن لم يكن في نقلها ضرر، ويمكن نقلها في أيام يسيرة، كالثلاثة فما دون فلا خيار له. وله مطالبة البائع بنقلها في الحال لأنه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع. وإن كان عالماً بالحال. فلا خيار له ولا أجرة في الزمان الذي نقلت فيه. لأنه علم بذلك ورضي. فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع. وإن لم يعلم واختار إمساك المبيع، فهل له أجرة لزمان النقل؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك. لأن المنافع مضمونة على المتلف. فكان عليه بدلها كالأجزاء.

والثاني: لا يجب. لأنه لما رضي بإمساك المبيع بتلف المنفعة في زمان النقل فإن لم يختر الإمساك، فقال البائع: أنا أدع ذلك لك، وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار. لأن الضرر زال عنه.

فصل: فإن كان في الأرض معادن جامدة، كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها دخلت في البيع وملكت بملك الأرض التي هي فيها. لأنها من أجزائها.

فهي كترابها وأحجارها، ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ولا معدن الفضة بفضة. ويجوز بيعها بغير جنسها، وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار. لأنه زيادة لم يعلم بها. فأشبه ما لو باعه ثوباً على أنه عشرة فبان أحد عشر. هذا إذا كان قد ملك الأرض بإحياء أو إقطاع. وقد روي: «أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضاً فظهر فيها معدن، فقالوا: إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن. وأتوا عمر بن عبد العزيز بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي ﷺ لأبيهم. فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن» وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار. لأن الحق لغيره وهو المالك الأول، واحتمل أن يكون له الخيار، كما لو اشترى معيباً ثم باعه ولم يعلم عيبه. فإنه يستحق الرد عليه. وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه. وقد روى أبو طالب عن أحمد: أنه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه. وظاهر هذا: أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لأنه من أجزاء الأرض. فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة.

فصل: وإذا كان في الأرض بئر أو عين مستنبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة لمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك. لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه. فأشبه الماء الجاري في النهر إلى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

والوجه الآخر: يدخل في الملك لأنه نماء الملك. وقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يملك، فإنه قال في رجل له أرض ولآخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع، ويكون بينهما؟ فقال: لا بأس، اختاره أبو بكر. وهذا يدل على أن الماء مملوك لصاحبه، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك، كالقار والنفط والمومياء والملح. وكذلك الحكم في النابت في أرضه من الكلأ والشوك. ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في الماء، والصحيح: أن الماء لا يملك. فكذلك هذه قال أحمد: لا يعجبني بيع الماء البتة. قال الأثرم: سمعت أبا عبدالله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضوهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصص فجاء يومي ولا أحتاج إليه أكريه بدراهم؟ قال ما أدري أما النبي ﷺ فنهى عن بيع الماء. قيل: إنه ليس يبيعه إنما يكريه. قال: إنما احتالوا بهذا ليحسنوه، فأي شيء هذا إلا البيع؟ وروى الأثرم بإسناده عن جابر وإياس بن عبدالله المزني «أن النبي ﷺ نهى أن يباع الماء» وروي أيضاً عن رجل من أصحاب النبي ﷺ قال: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والنار والكلأ» رواه أبو عبيد في كتاب الأموال فإذا قلنا: لا يملك فصاحب الأرض أحق به من غيره، لكونه في ملكه فإن دخل غيره بغير إذنه. فأخذه ملكه. لأنه مباح في الأصل. فأشبه ما لو عشش في أرضه طائر، أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل إليه داخل فأخذه وأما ما يحوزه من الماء في إنائه، أو يأخذه من الكلأ في حبله، أو يحوزه في رحله أو يأخذه من المعادن فإنه يملكه بذلك. وله بيعه بلا خلاف بين أهل العلم، فإن النبي ﷺ قال: «لأن يأخذ أحدكم حبلاً فيأخذ حزمة

من حطب فيبيع فيكف الله به وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطى أو منع» رواه البخاري، وروى أبو عبيد في الأموال عن المشيخة «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه» وعلى ذلك مضت العادة في الأمصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير نكير، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا بإذن مالكه. وكذلك لو وقف على بئره أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوه فما يرقيه من الماء فهو ملكه وله بيعه. لأنه ملكه بأخذه في إنائه. قال أحمد: إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره. ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بمائها. وقد روي أن النبي ﷺ قال: «من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة ـ أو كما قال ـ فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي ﷺ وسبلها للمسلمين. وكان اليهودي يبيع ماءها» وروي «أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر ألفاً ثم قال اليهودي: اختر إما أن تأخذها يوماً وآخذها أنا يوماً. وإما أن ننصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً. فاختار يوماً ويوماً، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي: أفسدت عليّ بئري فاشتر باقيها. فاشتراه بثمانية آلاف» وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسبيلها. وصحة بيع ما يستقيه منها، وجواز قسمة مائها بالمهايأة[1]، وكون مالكها أحق بمثلها، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك.

فأما المياه الجارية فما كان نابعاً في غير ملك كالأنهار الكبار وغيرها لم تملك بحال. ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك، كالطير يدخل إلى أرضه ولكل أحد أخذه. ولا يملكه إلا أن يجعل له في أرضه مستقراً، كالبركة والقرار أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كنقع البئر وإن كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سنذكره في مياه الأمطار.

وما كان نابعاً أو مستنبطاً كالقني، فهو كنقع البئر وفيه من الخلاف ما فيه، فأما المصانع المتخذة لمياه الأمطار تجمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالأولى: أنه يملك ماءها ويصح بيعه إذا كان معلوماً لأنه مباح حصله بشيء معدله فملكه كالصيد يحصل في شبكته والسمك في بركة معدة له. ولا يجوز أخذ شيء منه إلا بإذن مالكه.

مسألة: قال: (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل، ولم يبد صلاحها، على التَّرْك إلى الجزاز. لم يجز. وإن اشتراها على القطع جاز).

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام:

---

(١) المهايأة: قسمة الأيام. السقي.

أحدها: أن يشتريها بشرط التبقية. فلا يصح البيع إجماعاً. لأن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. نهى البائع والمبتاع» متفق عليه. النهي يقتضي فساد المنهي عنه. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث.

القسم الثاني: أن يبيعها بشرط القطع في الحال. فيصح بالإجماع. لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روى أنس «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو. قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري. وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه.

القسم الثالث: أن يبيعها مطلقاً. ولم يشترط قطعاً ولا تبقية فالبيع باطل، وبه قال مالك والشافعي وأجازه أبو حنيفة، لأن إطلاق العقد يقتضي القطع، فهو كما لو اشترطه قال: ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها، بدلالة قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع.

ولنا: إن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. فيدخل فيه محل النزاع. واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولها النهي جميعاً، ويصح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبي ﷺ من منع الثمرة وهلاكها.

فصل: وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب أحدها: أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل، فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبينا بطلانه.

الثاني: أن يبيعها مع الأصل. فيجوز بالإجماع لقول النبي ﷺ: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع» ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في بيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التمر وأساسات الحيطان في بيع الدار.

الثالث: أن يبيعها مفردة لمالك الأصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك، أو يوصي لرجل بثمرة نخلة فيبيعها لورثة الموصي: ففيه وجهان:

أحدهما: يصح البيع. وهو المشهور من قول مالك، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشتري. فيصح كما لو اشتراهما معاً. ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال، لكونه مالكاً لأصولها وقرارها. فصح كبيعها مع أصلها.

والثاني: لا يصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأن العقد يتناول الثمرة خاصة والغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة، كما لو كانت الأصول لأجنبي، ولأنها تدخل في عموم النهي، بخلاف ما إذا باعهما معاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه. ولأن الغرر فيما يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة وفيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً، ويجوز في التابع من العرر ما لا يجوز في المتبوع. كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما. وإن باعه الثمر، بشرط القطع في الحال. صح وجهاً واحداً. ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط. لأن الأصل له.

فصل: ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على الأصول. لما روى مسلم عن ابن عمر «أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهى، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة. نهى البائع والمشتري» قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي. فإن باعه مع الأرض جاز كبيع الثمرة مع الأصل، وإن باعه لمالك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة تباع من مالك الأصل وقال أبو الخطاب: يجوز. وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع. وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية، لقول النبي ﷺ في الحديث: «حتى يبيض» فجعل ذلك غاية المنع من بيعه، فيدل على الجواز بعده. وفي رواية «نهى النبي ﷺ عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد» ولأنه إذا اشتد حبه بدا صلاحه، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها. وإذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه، كالشجرة إذا بدا الصلاح في شيء منها.

فصل: ذكره القاضي في الصلح قال: وإذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعوض صح فيما يصح في البيع. وبطل فيما يبطل فيه. ولو ادعى اثنان زرعاً في يد آخر فأقر لهما به، فالزرع بينهما نصفان. فإن صالح أحدهما عن حقه منه قبل اشتداد حبه لم يجز، سواء شرط القطع أو أطلق لأنه إن أطلق بطل. للنهي عن بيع المخاضرة[1]: وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله. وإن كانت الأرض للمقر احتمل أن يصح، واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعاً أخضر في أرض مملوكة له ولو كانت الأرض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما: صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والأرض بيننا نصفين، فإن كان بعد اشتداد حبه جاز. لأنه يجوز بيعه، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز على وجهين؛ بناء على بيع الزرع من مالك الأرض، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض ويشتري منه نصف الأرض التي له فيها الزرع وإن شرطا في البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم

(١) المخاضرة: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

الأرض فارغة ففيه وجهان أيضاً أحدهما: يصح. لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفريغ الأرض منه، واحتمل أن يبطل، لأن صاحب الأرض باعه نصف الأرض بشرط قطع زرع غيره ليسلم إليه أرضه، وإن قلنا: يصح. لم يلزم الوفاء بالشرط. لأن كل واحد منهما حصل زرعه في أرضه فلم يلزمه قطعه.

فصل: وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يجز، سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه، وسواء شرط القطع أو لم يشرطه. لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه، فلم يصح اشتراطه.

فصل: والقطن ضربان: أحدهما: ما له أصل يبقى في الأرض أعواماً. كالشجر تتكرر ثمرته. فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح إفراده بالبيع وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل في البيع، وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري.

والثاني: ما يتكرر زرعه كل عام. فحكمه حكم الزرع، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقوما فيه لم يجز بيعه إلا بشرط القطع، كالزرع الأخضر. وإن قوي جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية، كالزرع الذي اشتد حبه، وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع.

والباذنجان نوعان:

أحدهما: ما له شجر تبقى أصوله وتتكرر ثمرته. فهو كالشجر.

والثاني: ما يتكرر زرعه كل عام. فهو كالحنطة والشعير.

مسألة: قال: (فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب: أن البيع يبطل. قال القاضي: هي أصح. فعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن، ونقل أحمد بن سعيد: أن البيع لا يبطل. وهو قول أكثر الفقهاء. لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز، أو حنطة فانثالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلط بغيره، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلاً فمرض أو توانى حتى صار شعيراً قال: إن أراد به حيلة فسد البيع وإلا لم يفسد. والظاهر: أن هذه ترجع إلى ما نقله ابن سعد. فإنه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من يرد حيلة. فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه القطع الحيلة على إبقائه. لم يصح بحال. إذ قد ثبت من مذهب أحمد: أن الحيل كلها باطلة.

ووجه الرواية الأولى: أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها» فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع. فيبقى ما عداه على أصل التحريم. ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى. فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء، وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض، أو الفضل فيما يجب التساوي فيه، ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها. ووسائل الحرام حرام كبيع العينة(١). ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلها للبائع. وعنه أنهما يتصدقان بالزيادة. قال القاضي: هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة، فاستحبت الصدقة بها، وإلا فالحق أنها للبائع تبعاً للأصل، كسائر نماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان، ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد. أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة، وأما إن حكمنا بصحة العقد. فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكهما. فإن ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهو سبب الزيادة. قال القاضي: الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن وحمل قول أحمد «يشتركان» على الاستحباب، والأول أظهر لما ذكرنا، فإن الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها. فكان فيها حق له، بخلاف العبد إذا سمن فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس يحق له، بل ذلك حرام عليه. فكيف يكون مستحباً؟ وعن أحمد: أنهما يتصدقان بالزيادة. وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن. لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة، قال الثوري: إذا اشترى قصيلاً يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي. ولأن الأمر اشتبه في هذه الزيادة وفي مستحقها. فكان الأولى الصدقة بها. ويشبه أن يكون هذا استحباباً. لأن الصدقة بالشبهات مستحبة. وإن أبيا الصدقة بها اشتركا فيها، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها. قال القاضي: ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده. لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بتمامها لا حق للبائع فيها، وقال الثوري: يأخذ المشتري رأس ماله ويتصدق بالباقي، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أدجن. وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيره، ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله. لأنه حيلة محرمة. وعند أبي حنيفة والشافعي: لا حكم لقصده. والبيع صحيح، قصد أو لم يقصد. وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل. وقد سبق الكلام في هذا.

مسألة: قال: (فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك إلى الجزاز جاز).

---

(١) بيع العينة بكسر العين وسكون الياء هو أن يبيع التاجر سلعته بثمن إلى أجل ثم يشتريها من المشتري بأقل من الثمن الذي باعها له به.

وجملة ذلك: إنه إذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقاً، وبشرط التبقية إلى حال الجزاز وبشرط القطع. وبذلك قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية إلا أن محمداً قال: إذا تناهى عظمها جاز. واحتجوا بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد. فلم يجز، كما لو شرط تبقية الطعام في كندوجه[1].

ولنا: إن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها. فمفهومه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها. والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية. فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية. ولا فائدة في ذكره. ولأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة» وتعليله بأمن العاهة يدل على التبقية. لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة. فيجب أن يجوز بيعه مبقي لزوال علة المنع. ولأن النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف. فإذا شرطه جاز كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الإمكان. وفي هذا انفصال عما ذكروه.

فصل: ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها. أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك. ولا أعلم فيه اختلافاً. وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع؟ فيه روايتان. أظهرهما: جوازه. وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن، وعنه لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه. لأن ما لم يبد صلاحه داخل في عموم النهي. ولأنه لم يبد صلاحه. فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر. وكالذي في البستان الآخر، ووجه الأولى: أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو فيه. فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة، ولأن اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق. ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الأيدي. فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضي: لا يتبعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقال محمد بن الحسن: ما كان متقارب الإدراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه. وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخيراً كثيراً. فالبيع جائز فيما أدرك. ولا يجوز في الباقي. وقال أبو الخطاب: يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي. لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب في الزكاة. فيتبعه في جواز البيع كالنوع الواحد والأول أولى لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما. فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين. ويخالف الزكاة. فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته: وقيام كل نوع مقام النوع

---

(١) الكندوج كالمخزن.

الآخر في المقصود. والمعنى هاهنا: هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك، واختلاف الأيدي ولا يحصل ذلك في النوعين. فصارا في هذا كالجنسين.

فصل: فأما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما، متجاورين كانا أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي وحكي عن أحمد رواية أخرى: أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه. وبهذا قال مالك: لأنهما يتقاربان في الصلاح. فأشبها القراح الواحد. ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد. والمذهب الأول. لأنه إنما جعل ما لم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعاً له، دفعاً لضرر الاشتراك واختلاف الأيدي؛ وإلا فالأصل: اعتبار كل شيء بنفسه. وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر. فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا. وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع. ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد، فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز، لدخوله تحت عموم النهي، ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم، وهي ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه. لأنه دخل في جواز البيع تبعاً دفعاً لمضرة الاشتراك، واختلاف الأيدي. ولا يوجد ذلك هاهنا، ولأنه قد يدخل في البيع تبعاً ما يجوز إفراده. كالثمرة تباع مع الأصل والزرع مع الأرض، واللبن في الضرع مع الشاة. ويحتمل الجواز. لأن الكل في حكم ما بدا صلاحه. ولأنه يجوز بيعه مع غيره. فجاز بيعه مفرداً كالذي بدا صلاحه.

فصل: إذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك. لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة. وذلك يكون بالسقي.

فإن قيل: فلم قلتم إنه إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟

قلنا: لأن المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة لأنه لم يملكها من جهته. وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسألتنا. فإن امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالأصل أجبر عليه. لأنه دخل على ذلك.

فصل: ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها. روي ذلك عن الزبير بن العوام وزيد بن ثابت والحسن بن أبي الحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة. لأنه بيع له قبل قبضه، فلم يجز، كما لو كان على وجه الأرض فلم يقبضه.

ولنا: إنه يجوز له التصرف فيه. فجاز له بيعه كما لو جزه، وقولهم: لم يقبضه لا يصح فإن قبض كل شيء بحسبه. وهذا قبضه التخلية. وقد وجدت.

مسألة: قال: (فإن كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة، وإن كانت ثمرة كرم. فصلاحها: أن تتموه. وصلاح ما سوى النخل والكرم: أن يبدو فيها النضج).

وجملة ذلك: أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه، كثمرة النخل والعنب الأسود والإجاص. فبدو صلاحه بذلك. وإن كان العنب أبيض. فصلاحه بتموهه. وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفر لونه وإن كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه، فبأن يحلو أو يطيب؛ وإن كان بطيخاً أو نحوه. فبأن يبدو فيه النضج، وإن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً صغاراً وكباراً، كالقثاء والخيار. فصلاحه: بلوغه أن يؤكل عادة. وقال القاضي وأصحاب الشافعي: بلوغه أن يتناهى، عظمه وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه فإن بدو صلاح الشيء ابتداؤه وتناهي عظمه آخر صلاحه. ولأن بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة إلا أن يريدوا بتناهي عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها. فيكون كما ذكرنا وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم، أو مقارب له: وقال عطاء: لا يباع حتى يؤكل من التمر قليل أو كثير: وروي نحوه عن ابن عمر وابن عباس، ولعلهم أرادوا صلاحه للأكل، فيرجع معناه إلى ما قلنا. فإن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل» متفق عليه. وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى. لأن ما رووه يحتمل صلاحه للأكل. فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الأخبار. وهو ما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب» متفق عليه، «ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو. قيل: وما تزهو؟ قال: تحمار أو تصفار» رواه البخاري، ونهى عن بيع العنب حتى يسود. رواه الترمذي وابن ماجة والأحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى:

مسألة: قال: (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان. وما أشبهه إلا لقطة لقطة)

وجملة ذلك: أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: يجوز بيع الجميع. لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا.

ولنا: إنها ثمرة لم تخلق فلم يجن بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها. والحاجة تندفع ببيع أصوله. ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع، بخلاف ما لم يخلق.

ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا.

إذا تقرر هذا: فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلا بشرط القطع فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً. وبشرط القطع والتبقية على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار. وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه.

فصل: قال القاضي: ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً، مثمرة أو غير مثمرة. لأنه أصل تكرر فيه الثمرة، فأشبه الشجر. فإن باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة إلى حين بلوغها، إلا أن يشترطها المبتاع. فإن حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري. فإن اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز. كان الحكم فيها كثمرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى على ما مر حكمه.

فصل: ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض، كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد. وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وأباحه مالك والأوزاعي وإسحاق. لأن الحاجة داعية إليه. فأشبه بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا.

ولنا: إنه مبيع مجهول لم يره، ولم يوصف له. فأشبه بيع الحمل. ولأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر» رواه مسلم. وهذا غرر وأما بيع ما لم يبد صلاحه فإنما جاز بيعه لأن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضاً. فإن كان مما تقصد فروعه وأصوله، كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل أو كان المقصود فروعه. فالأولى: جواز بيعه. لأن المقصود منه ظاهر. فأشبه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة. ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً. فلا تضر جهالته، كالحمل في البطن واللبن في الضرع مع الحيوان وإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض لأن الحكم للأغلب، فإن تساويا لم يجز لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً. ففيما عداه بقي على الأصل.

فصل: ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر في قشرته مقطوعاً وفي شجره، وبيع الحب المشتد في سنبله، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعاً على وجه الأرض وفي شجره. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك. وقال الشافعي: لا يجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى، إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين. واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه. فلم يجز بيعه، كتراب الصاغة والمعادن. وبيع الحيوان المذبوح في سلخه.

ولنا: إن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وابيض سنبله، ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الأسفل. ولا يصح قولهم: ليس من مصلحته.

فإنه لا قوام له في شجرة إلا به. والباقلا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته. ولأن الباقلا يباع في أسواق المسلمين من غير نكير. فكان ذلك إجماعاً. وكذلك الجوز واللوز في شجرهما، والحيوان المذبوح يجوز في سلخه. فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح، كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت. وأما تراب الصاغة والمعدن فلنا فيهما منع. وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة، ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا.

مسألة: قال: (وكذلك الرطبة كل جزة).

وجملة ذلك: أن الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الأرض، ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع دفعة بعد دفعة، كالنعناع والهندبا وشبههما لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال. وبذلك قال الشافعي. وروي ذلك عن الحسن وعطاء. ورخص مالك في أن يشتري جزتين وثلاثاً. ولا يصح لأن ما في الأرض منه مستور وما يحدث منه معدوم، فلا يجوز بيعه، كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة. فإذا ثبت هذا: فمتى اشتراها قبل لم يجز له إبقاؤها. لأن ما لم يظهر منها أعيان لم يتناولها البيع، فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضي إلى اختلاط المبيع بغيره والثمرة بخلاف ذلك. فإن أخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمرة إذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها.

فصل: وإن اشترى قصيلاً من شعير ونحوه فقطعه. ثم عاد فنبت. فهو لصاحب الأرض. لأن المشتري ترك الأصل على سبيل الرفض لها فيسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يخلفها ولذلك أبيح لكل التقاطها. ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الأرض. نص أحمد على هاتين المسألتين. مما يؤكد ما قلنا: إن البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الأصول ويقلعها. كان له ذلك، ولم يملك المشتري منعه منه، ولو كان الباقي مستحقاً له لملك منعه منه.

مسألة: قال: (والحصاد على المشتري. فإن شرطه على البائع بطل البيع).

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

الأول: أن من اشترى زرعاً، أوجزة من الرطبة ونحوها. أو ثمرة في أصولها فإن حصاد الزرع وجز الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري لأن نقل المبيع وتفريع ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع. ويفارق الكيل والوزن. فإنهما على البائع. لأنهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم على البائع وهاهنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع. بدليل جواز بيعها والتصرف فيها. وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي. ولا أعلم فيه مخالفاً.

الفصل الثاني: إذا شرطه على البائع. فاختلف أصحابنا. فقال الخرقي: يبطل البيع. وقال ابن أبي موسى: لا يجوز. وقيل: يجوز. فإن قلنا: لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط، على روايتين، وقال القاضي: المذهب جواز الشرط. ذكره ابن حامد وأبو بكر. ولم أجد هذا الذي ذكره الخرقي رواية في المذهب، واختلف أصحاب الشافعي أيضاً. فقال بعضهم: إذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولاً واحداً، وقال بعضهم يكون على قولين. فمن أفسد قال: لا يصح لثلاثة معان. أحدها: أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه. والثاني: أنه شرط ما لا يقتضيه العقد. والثالث: أنه شرط تأخير التسليم. لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ومن أجازه قال: هذا بيع وإجارة. لأنه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد. فإذا جمعهما جاز كالعينين وقولهم: شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع. والثاني: يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار. **والثالث**: ليس بتأخير لأنه يمكنه تسليمه قائماً. ولأن الشرط من المتسلم. فليس ذلك بتأخير التسليم. فإذا فسدت هذه المعاني صح. لما ذكرناه.

فإن قيل: فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة. لأن الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين، بخلاف الإجارة. فكيف يصح الجمع بينهما؟

قلنا: كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف. فإن الشفعة تثبت في الشقص دون السيف. ويجوز الجمع بينهما. وقول الخرقي: إن العقد هاهنا يبطل يحتمل أن يختص بهذه المسألة وشبهها مما يفضي الشرط فيه إلى التنازع فإن البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية. والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضي إلى التنازع. وهو مفسدة. فيبطل البيع من أجله. ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع، لما ذكرنا في صدر المسألة. والأول أولى لوجهين:

أحدهما: أنه قال في موضع آخر: ولا يبطل البيع بشرط واحد.

والثاني: أن المذهب، أنه يصح اشتراط منفعة البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قميصاً، أو فلعة[1] ويشترط حذوها نعلاً. أو جرزة[2] حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم. نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره، حتى قال القاضي: لم أجد بما قال الخرقي رواية في أنه لا يصح. واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حملها، وبه قال إسحاق وأبو عبيد. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشتري

---

(١) الفلعة: القطعة من الجلد.

(٢) الجرزة: الحزمة.

فلعة ويشترط على البائع تشريكها[١]. وحكي عن ابن أبي ثور والثوري: أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط. لأنه شرط فاسد فأشبه سائر الشروط الفاسدة، وروي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع وشرط».

ولنا ما تقدم: ولم يصح أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط. إنما الصحيح «أن النبي ﷺ نهى عن شرطين في بيع» كذا ذكره الترمذي وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد قال أحمد: إنما النهي عن شرطين في بيع. أما الشرط الواحد فلا بأس به.

فصل: ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما ليصح اشتراطها. لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة. فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ولو اشترط حذوها نعلاً فلا بد من معرفة صفتها، كما لو استأجره على ذلك ابتداء. قال أحمد في الرجل يشتري النعل على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك وإن تعذر العمل بتلف المبيع قبله. أو بموت البائع انفسخت الإجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك، وإن تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه كقولنا في الإجارة.

فصل: ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة. مثل أن يبيع داراً ويستثني سكناها شهراً، أو جملاً ويشترط ظهره إلى مكان معلوم، أو عبداً ويستثني خدمته سنة. نص على هذا أحمد. وهو قول الأوزاعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر، وقال الشافعي وأصحاب الرأي: لا يصح الشرط. نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط. ولأنه ينافي مقتضى البيع. فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه. وذلك لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته. ولأن مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه. وهذا شرط ينافيه. وقال ابن عقيل: فيه رواية ثانية: أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبدالله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية، ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسألة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين:

أحدهما: أنها مجهولة وإطلاقها يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة.

الثاني: أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها، فيفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبتها، ولا يوجد هذا في غيرها. ولذلك منع إعارة الجارية الشابة لغير محرمها. وقال

---

(١) أي صنع شراك لها وهو السير الذي يلتف على إبهام القدم.

مالك: إذا اشترط ركوباً إلى مكان قريب جاز. وإن كان إلى مكان بعيد كره. لأن اليسيرة تدخله المسامحة.

ولنا: ما روى جابر «أنه باع النبي ﷺ جملاً واشترط ظهره إلى المدينة» وفي لفظ قال: «فبعته بأوقية، واستثنيت حملانه إلى أهلي» متفق عليه. وفي لفظ قال: «فبعته منه بخمس أواق قال قلت: على أن لي ظهره إلى المدينة. قال: ولك ظهره إلى المدينة» ورواه مسلم. ولأن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» وهذه معلومة. ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلة مؤبرة أو أرضاً مزروعة أو داراً مؤجرة. أو أمة مزوجة. فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير، ولم يصح نهي النبي ﷺ عن بيع وشرط. وإنما نهى عن شرطين في بيع مفهومه إباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن.

فصل: وإن باعه أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يجز لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح. لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦ ـ ٧] وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه. لأن المكاتبة مملوكة. فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك. واختار ابن عقيل: أنه لا يباح وطؤها أيضاً. وهو قول أكثر الفقهاء.

فصل: وإن باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع. وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضاً فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه، فإن لم يعلم فله خيار الفسخ لأنه عيب. فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة. وإن أتلف المشتري العين فعليه أجر المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن المبيع وإن تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله نص عليه أحمد. وقال: يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل. قال القاضي: معناه عندي القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا. لأنه يضمن ما فات بتفريطه. فضمنه بعوضه. وهو أجرة المثل. فأما إن تلفت بغير فعله ولا بتفريطه لم يضمن. قال الأثرم: قلت لأبي عبدالله: فعلى المشتري أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان؟ قال: لا. إنما شرط هذا عليه بعينه. ولأنه لم يملكها البائع من جهته. فلم يلزمه عوضها، كما لو تلفت النخلة المؤبرة، بثمرتها المؤبرة إذا اشترط البائع ثمرتها؛ وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت. وقال القاضي: عليه ضمانها، أخذاً من عموم كلام أحمد. وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل. وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا.

فصل: وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة، أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله، وله استيفاء المنفعة من غير المبيع. نص عليه أحمد. لأن حقه تعلق بها. فأشبه ما لو استأجر عيناً فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين. فلا يجبر على قبول عوضها. فإن تراضيا على ذلك جاز. لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما. وإن أراد البائع إعارة العين أو إجارتها لمن يقوم مقامه. فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له، فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها. ولا يجوز إجارتها إلا لمثله في الانتفاع. فإن أراد إجارتها أو إعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك، كما لا يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه. ذكر ذلك ابن عقيل.

فصل: إذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل. فله ذلك. لأنه هاهنا بمنزلة الأجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه، وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله. وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله. لأن المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد. وإن تراضيا عليه احتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها. فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها، كما لو استأجرها، وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي. ويحتمل أن لا يجوز. لأنه مشترط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة. فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض. فإنه يجوز أن يرد في الخبز والخمير أقل أو أكثر. ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز. ولأنه أخذ عوض عن مرفق معتاد جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض. فأشبه المنافع المستثناة شرعاً. وهو ما لو باع أرضاً فيها زرع للبائع واستحق تبقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه قصيلاً لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك.

فصل: ولو قال: بعتك هذه الدار وأجرتكها شهراً لم يصح. لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري. فلم يصح. قال ابن عقيل: وقد «نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان» ومعناه أن يستأجر طحاناً ليطحن له كراء بقفيز منه، فيصير كأنه شرط عمله في القفيز عوضاً عن عمله في باقي الكراء المطحون. ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع.

فصل: وإن شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحق به بالثمن. فروى المروذي عنه أنه قال في معنى حديث النبي ﷺ: «لا شرطان في بيع» يعني أنه فاسد. لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه إياه بالثمن الأول. فهما شرطان في بيع نهي عنهما ولأنه ينافي مقتضى العقد. لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه. فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان، أو أن لا يبيعه أصلاً، وروى عنه إسماعيل بن سعيد: البيع جائز. لما روي عن ابن مسعود أنه قال: «ابتعت من

امرأتي زينب الثقفية جارية، وشرطت لها إن بعتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به. فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقربها ولأحد فيها شرط» قال إسماعيل: فذكرت لأحمد الحديث، فقال: البيع جائز، ولا تقربها لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة. ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد. فحمل الحديث على ظاهره وأخذ به. وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته. والقياس يقتضي فساده، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط. وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها، وقول أحمد: «لا تقربها» قد روي مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعها ولا يهبها، أو شرط عليه ولاءها ولا يقربها. والبيع جائز. واحتج بحديث عمر «لا تقربها ولأحد فيها مثنوية» قال القاضي: وهذا على الكراهة لا على التحريم. قال ابن عقيل: عندي أنه إنما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد، لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب.

مسألة: قال: (وإذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً لم يجز. وإن استثنى منه نخلة أو شجرة بعينها جاز).

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

أحدهما: أنه إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعاً أو آصعاً أو مداً أو أمداداً، أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي. وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى: أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبدالله ومالك لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم» رواه الترمذي وقال: هو حديث حسن صحيح وهذه ثنيا معلومة. ولأنه استثنى معلوماً أشبه ما إذا استثنى منها جزءاً.

ولنا: إن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا» رواه البخاري. ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر، والاستثناء يغير حكم المشاهدة، لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة، فلم يجز، ويخالف الجزء. فإنه لا يغير حكم المشاهدة. ولا يمنع المعرفة بها.

فصل: وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالاً معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطاً واستثنى آصعاً. وقال القاضي في شرحه: يصح. لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة، والصحيح: ما ذكرناه. وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط وإليها أقرب، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق هاهنا فلا يصح والله أعلم.

الفصل الثاني: أنه إذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز. ولا نعلم في ذلك خلافاً. وذلك لأن المستثنى معلوم ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه، وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز

لأن الاستثناء غير معلوم. فصار المبيع والمستثنى مجهولين. وروي عن ابن عمر «أنه باع ثمرته بأربعة آلاف واستثنى طعام القيان» وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً معيناً بقدر طعام القيان. لأنه لو حمل على غير ذلك مخالفاً لنهي النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم. ولأن المستثنى متى كان مجهولاً لزم أن يكون الباقي بعده مجهولاً. فلا يصح بيعه. كما لو قال: بعتك من هذه الثمرة طعام القيان.

فصل: وإن استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعاً كثلث أو ربع أو أجزاء كسبعين أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا. وهو مذهب الشافعي. وقال أبو بكر وابن أبي موسى: لا يجوز.

ولنا: إنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح، كما لو اشترى شجرة بعينها. وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثيها وقوله: إلا ربعها. معناه بعتك ثلاثة أرباعها. ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز، وكان معناه بعتك ثلثيه، ومنع منه القاضي أبو يعلى، قياساً على استثناء الشحم. ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع. وهذا معلوم. ويصح إفراده بالبيع. فصح استثناؤه كالشجرة المعينة. وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا يصيران شريكين فيه، للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه.

فصل: فإن قال: بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز. لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم، فلا يفضي إلى الجهالة، ولو قال: بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح. لأن قدره معلوم من البيع وهو الربع. فكأنه قال: بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم. ولو قال: إلا ما يساوي درهماً لم يصح لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل، فيكون مجهولاً فيبطل.

فصل: وإن باع قطيعاً واستثنى منه شاة بعينها صح. وإن استثنى شاة غير معينة لم يصح. نص عليه وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال مالك: يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاة يختارها، أو يبيع ثمرة حائطه ويستثني ثمرة نخلات بعدها.

ولنا: إن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» و«نهى عن بيع الغرر» ولأنه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول. فلم يصح، كما لو قال: إلا شاة مطلقة، ولأنه مبيع مجهول. فلم يصح كما لو قال: بعتك شاة تختارها من القطيع.

وضابط هذا الباب: أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفرداً أو بيع ما عداه منفرداً عن المستثنى، ونحو هذا: مذهب أبي حنيفة، والشافعي، إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها. للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر. وما عدا هذا فيبقى على الأصل.

فصل: وإن باع حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح. نص عليه أحمد. وقال مالك: يصح في السفر دون الحضر. لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط. فجوز له شراء اللحم دونها. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز. لأنه لا يجوز إفراده بالعقد فلم يجز استثناؤه كالحمل.

ولنا: إن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» وهذه معلومة وروي: «أن النبي ﷺ لما هاجر إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم. فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة، وشرطا له سلبها»[1] وروى أبو بكر في الشافي بإسناده عن جابر عن الشعبي قال: «قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله ﷺ في بقرة باعها رجل واشترط رأسها. فقضى بالشروى»[2] يعني أن يعطي رأساً مثل رأس، ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح، كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة، وكونه لا يجوز إفراده بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأبير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط التبقية ويجوز استثناؤها، والحمل مجهول.

ولنا: فيه منع. فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه ويلزمه قيمة ذلك على التقريب. نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه «أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنياها. فقال: اذهبوا إلى السوق. فإذا بلغت أقصى ثمنها فأعطوه حساب ثنياها من ثمنها».

فصل: فإن استثنى شحم الحيوان لم يصح. نص عليه أحمد. قال أبو بكر: لا يختلفون عن أبي عبدالله أنه لا يجوز ذلك. لأن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» ولأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع. فلم يصح استثناؤه كفخذها، وإن استثنى الحمل لم يصح استثناؤه لذلك، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي. وقد نقل عن أحمد صحته، وبه قال الحسن والنخعي وإسحاق وأبو ثور. لما روى نافع عن ابن عمر «أنه باع جارية واستثنى ما في بطنها» ولأنه يصح استثناؤه في العتق. فصح في البيع قياساً عليه.

ولنا: ما تقدم. والصحيح من حديث ابن عمر «أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها» لأن الثقات الحفاظ حدثوا الحديث فقالوا: «أعتق جارية» والإسناد واحد. قاله أبو بكر. ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم. ولا يعتبر فيه شروط البيع.

فصل: وإن باع جارية حاملاً بحر. فقال القاضي: لا يصح. وهو مذهب الشافعي. لأنه لا يدخل في البيع. فكأنه مستثنى. والأولى صحته لأن المبيع معلوم. وجهالة الحمل لا تضر

---

(١) أي جلدها وأكارعها وبطنها.

(٢) أي قوائمها ورأسها.

من حيث إنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ. وقد يستثنى بالشرع ما لا يصح استثناؤه باللفظ، كما لو باع أمة مزوجة صح، ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع. ولو استثناها باللفظ لم يجز. ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع، أو نخلة مؤبرة لوقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة. ولولا استثناها بقوله لم يجز.

فصل: ولو باع داراً إلا ذراعاً وهما يعلمان ذرعان الدار جاز. وكان مستثنياً جزءاً مشاعاً منها، لأنه جزء معلوم يصح إفراده بالبيع، فجاز استثناؤه كثلثها وربعها، وإن لم يعلما لم يجز. لأنه مجهول لا يجوز إفراده بالبيع. ولأنه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز من الصبرة. وهكذا الحكم إذا باعه ضيعة إلا جريباً فمتى علم جربان الضيعة صح وإلا فلا.

فصل: وإذا باع سمسماً واستثنى الكسب لم يجز لأنه قد باعه الشيرج في الحقيقة. وهو غير معلوم. فإنه غير معين ولا موصوف. ولأن النبي ﷺ «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» وكذا لو باعه قطناً واستثنى الحب. لم يجز. لجهالة ذلك. ولأن المستثنى غير معلوم. ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز كذلك.

فصل: ولو باعه بدينار إلا درهماً، أو إلا قفيزاً من حنطة أو شعير لم يصح البيع. لأنه قصد رفع قدر المستثنى من المستثنى منه. وقدر ذلك مجهول. فيصير الثمن مجهولاً.

مسألة: قال: (وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع).

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة:

الأول: أن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع. وبهذا قال أكثر أهل المدينة. منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيد وجماعة من أهل الحديث. وبه قال الشافعي في القديم. وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد: هو من ضمان المشتري. لما روي «أن امرأة أتت النبي ﷺ. فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان، فأذهبتها الجائحة، فسألته أن يضع عنه. فتألى أن لا يفعل. فقال النبي ﷺ: تألى فلان أن لا يفعل خيراً» متفق عليه. ولو كان واجباً لأجبره عليه. لأن التخلية يتعلق بها جواز التصرف. فتعلق بها الضمان. كالنقل والتحويل. ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره.

ولنا: ما روى مسلم في صحيحه عن جابر «أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح» وعنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة. فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً. لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» رواه مسلم وأبو داود، ولفظه: «من باع ثمراً فأصابته

جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً، علام يأخذ أحدكم من مال أخيه المسلم؟» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه. قال الشافعي: لم يثبت عندي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح. ولو ثبت لم أعدُه. ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل والكثير.

قلنا: الحديث ثابت. رواه الأئمة منهم الإمام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن حرب وغيرهم عن ابن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر. ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجة وغيرهم. ولا حجة لهم في حديثهم. فإن فعل الواجب خير: فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا تفعل خيراً. فأما الإجبار فلا يفعله النبي ﷺ بمجرد قول المدعي من غير إقرار من البائع، ولا حضور، ولأن التخلية ليست بقبض تام. بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم. ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض. بدليل المنافع في الإجارة، يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر. كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً لحالاً. وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة.

الفصل الثاني: أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش، لما روى الساجي بإسناده عن جابر أن النبي ﷺ قضى في الجائحة، والجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل. وفي الريح، وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي ﷺ. فيجب الرجوع إليه. وأما ما كان بفعل آدمي. فقال القاضي: المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة. لأنه أمكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة.

الفصل الثالث: أن ظاهر المذهب: أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه. قال أحمد: إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة. ولا أدري ما الثلث؟ ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع. وفيه رواية أخرى: أن ما كان بعد دون الثلث فهو ضمان المشتري، وهو مذهب مالك والشافعي في القديم. لأنه لا بد أن يأكل الطير منها وتنثر الريح. ويسقط منها. فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع، منها الوصية وعطايا المريض، وتساوي جراح المرأة وجراح الرجل إلى الثلث، قال الأثرم: قال أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة. ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي ﷺ في الوصية «الثلث، والثلث كثير» فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة، فلهذا قدر به.

ووجه الأول: عموم الأحاديث. فإن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضعه. ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها. فكان ما تلف منها من مال البائع،

وإن كان قليلاً كالتي على وجه الأرض وما أكله أو سقط لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة. فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه. فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط.

إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب. فإن تلف الجميع بطل العقد. ويرجع المشتري بجميع الثمن. وأما على الرواية الأخرى: فإنه يعتبر ثلث المبلغ. وقيل: ثلث القيمة. فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التلف كله من الثمن، وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما أتلف فالقول قول البائع، لأن الأصل السلامة. ولأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم.

فصل: فإن بلغت الثمرة أوان الجزاز فلم يجزها حتى اجتيحت. فقال القاضي: عندي لا يوضع عنه. لأنه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته. فكان الضمان عليه، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع، فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت. فهي من ضمانه. لأن تلفها بتفريطه. وإن تلفت قبل إمكان قطعها. فهي من ضمان بائعها كالمسألة فيها.

فصل: إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع. فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد. ولا نعلم فيه خلافاً. لأن المعقود عليه منافع الأرض ولم تتلف. وإنما تلف مال المستأجر فيها. فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثياباً فتلفت الثياب فيها.

مسألة: قال: (وإذا وقع البيع على مكيل، أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه. فهو من مال البائع).

ظاهر كلام الخرقي: أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه، سواء كان متعيناً كالصبرة، أو غير متعين كقفيز منها. وهو ظاهر كلام أحمد. ونحوه قول إسحاق، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن أبي سليمان أن كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه: المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة، والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن. فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل. وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم. فإنه قال في رواية أبي الحارث: في رجل اشترى طعاماً فطلب من يحمله، فرجع وقد احترق الطعام. فهو من مال المشتري. واستدل بحديث ابن عمر «ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري» وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة ولم يسم كيلاً. فلا بأس أن يشرك فيها، ويبيع ما شاء، إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولي حتى يكال عليه. ونحو هذا قال مالك. فإنه قال: ما بيع من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه على قبضه. وما بيع مجازفة أو بيع من غير

الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه. ووجه ذلك: ما روى الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبدالله بن عمر أنه سمع عبدالله بن عمر يقول: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع» رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقاً. وقول الصحابي: «مضت السنة» يقتضي سنة النبي ﷺ. ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفيته فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون، ونقل عن أحمد: أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء كان مكيلاً أو موزوناً، أو لم يكن وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه. فإن الترمذي روى عن أحمد: أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه. وقال الأثرم: سألت أبا عبدالله عن قوله: «نهى عن ربح ما لم يضمن» قال: هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبيعه حتى يقبضه. قال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام. وذلك لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه» فمهومه: إباحة بيع ما سواه قبل قبضه وروى ابن عمر قال: «رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم» وهذا نص في بيع المعين، وعموم قوله عليه السلام: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» متفق عليهما. ولمسلم عن ابن عمر قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً. فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه. ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض. وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيصه على المبيع مجازفة بالمنع. وهو خلاف قول القاضي وأصحابه، ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك.

ووجه قول الخرقي: أن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً. فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به، ويحتمل أنه أراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه. وهذا أظهر دليلاً وأحسن.

إذا ثبت هذا فإنه إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن. وإن تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه. وكان كالقبض. لأنه تصرف فيه. وإن أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة. ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن. لأن التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً. وبهذا قال الشافعي. ولا أعلم فيه مخالفاً. وإن أتلفه البائع فقال أصحابنا: الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي. لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه. فأشبه ما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعي: ينفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير. لأنه تلف يضمنه به البائع. فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى. وفرق أصحابنا بينهما

بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد. بخلاف ما إذا أتلفه. فإن إتلافه يقتضي الضمان بالمثل، وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن. فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء.

فصل: ولو تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي فالمشتري مخير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن. لأنه إن رضيه معيباً فكأنه اشترى معيباً هو عالم بعيبه. ولا يستحق شيئاً من أجل العيب. وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن. لأنه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فإذا تعيب أو تلف بعضه كان أولى، وإن تعيب بفعل المشتري أو تلف بعضه. لم يكن له فسخ لذلك. لأنه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره. وإن كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا: إن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب وقياس قول الشافعي: أن يكون بمنزله ما لو تلف بفعل الله تعالى، وإن كان بفعل أجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن، وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف.

فصل: ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه. فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه. وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له. وكذلك إن كانت في يد أجنبي. فهو كإتلافه. فإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع. لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي. فهو كتلفه بفعل الله تعالى.

فصل: ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام، فقبض الشاة أو العبد أو باعهما، أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الأول دون الثاني. ولا يبطل الأخذ بالشفعة. لأنه كمل قبل فسخ العقد. ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك لتعذر رده. وعلى الشفيع مثل الطعام. لأنه عوض الشقص.

مسألة: قال: (وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض. وإن تلف فهو من مال المشتري).

يعني ما عدا المكيل والموزون والمعدود فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه، وقال أبو حنيفة: كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا العقار. وقال الشافعي: كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري. وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله. لأن ابن عباس قال: «أرى كل شيء بمنزلة الطعام» ولأن التسليم واجب على البائع. لأنه في يده. فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعدود.

ولنا: قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه، وقول ابن عمر: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المبتاع» ولأنه لا يتعلق به

حق توفية. وهو من ضمانه قبل قبضه فكان من ضمانة قبله كالميراث. وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له.

فصل: والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع. لأنه يتعلق به حق توفية، فجرى مجرى المكيل والموزون. قال أحمد: لو اشترى من رجل عبداً بعينه فمات في يد البائع فهو من مال المشتري، إلا أن يطلبه فيمنعه البائع. فهو ضامن لقيمته حين عطب. ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصب. ولا يكون رهناً، إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن.

فصل: وقبض كل شيء بحسبه. فإن كان مكيلاً أو موزوناً بيع كيلاً أو وزناً فقبضه بكيله ووزنه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: «التخلية في ذلك قبض» وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز. لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل. فكان قبضاً له كالعقار.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا بعت فكل وإذا ابتعت فاكتل» رواه البخاري، وعن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري» رواه ابن ماجة وهذا فيما بيع كيلاً وإن بيع جزافاً فقبضه نقله. لأن ابن عمر قال: «كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه وفي لفظ: «كنا نبتاع الطعام جزافاً، فبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه» وفي لفظ كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله» رواهن مسلم. وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل. وقد دل على ذلك أيضاً قول النبي ﷺ: «إذا سميت الكيل فكل» رواه الأثرم. وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد وإن كان ثياباً باليد فقبضها نقلها. وإن كان حيواناً فقبضه تمشيته من مكانه. وإن كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه لا حائل دونه. وقد ذكره الخرقي في باب الرهن فقال: إن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولاً. وإن كان مما لا ينقل فقبضه تخلية راهنة بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه: ولأن القبض مطلق في الشرع. فيجب الرجوع فيه إلى العرف، كالإحراز والتفرق. والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا.

فصل: وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع. لأن عليه تقبيض المبيع للمشتري. والقبض لا يحصل إلا بذلك. فكان على البائع، كما أن على بائع الثمرة سقيها، وكذلك أجرة الذي يعد المعدودات. وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري. لأنه لا يتعلق به حق توفية. نص عليه أحمد.

فصل: ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده، باختيار البائع وبغير اختياره. لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن. ولأن التسليم من مقتضيات العقد. فمتى وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن.

مسألة: قال: (ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه).

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض والخلاف فيه. وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه. لقول النبي ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» متفق عليه، ولأنه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالسلم. ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً، إلا ما حكى عن البتي أنه قال: «لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه» وقال ابن عبد البر: وهذا قول مردود بالسنة والحجة المجمعة على الطعام. وأظنه لم يبلغه هذا الحديث. ومثل هذا لا يلتفت إليه. وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين. ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والأوزاعي وإسحاق. وعن أحمد رواية أخرى: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه. اختارها ابن عقيل. وروي ذلك عن ابن عباس، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه. واحتجوا بنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه. وبما روى أبو داود: «أن النبي ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» وروى ابن ماجة: «أن النبي ﷺ نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض» وروي: «أن النبي ﷺ لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال: انههم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمنوه» ولأنه لم يتم الملك عليه. فلم يجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون.

ولنا: ما روى ابن عمر قال: «كنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم. فسألنا النبي ﷺ عن ذلك؟ فقال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه. وهو أحد العوضين: وروى ابن عمر: «أنه كان على بكر صعب[1] ـ يعني لعمر ـ فقال النبي ﷺ لعمر: «بعنيه». فقال: هو لك يا رسول الله. فقال النبي ﷺ: «هو لك يا عبدالله بن عمر فاصنع به ما شئت» وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه، واشترى من جابر جمله ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه. ولأنه أحد نوعي المعقود عليه. فجاز التصرف فيه قبل قبضه، كالمنافع في الإجارة. فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولأنه مبيع لايتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه. فأما أحاديثهم فقد قيل: لم يصح منها إلا حديث الطعام. وهو

---

(١) البكر: القوي من الإبل، الصعب الذي لا ينقاد بسهولة.

حجة لنا بمفهومه. فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه وقولهم: لم يتم الملك عليه ممنوع. فإن السبب المقتضي للملك متحقق. وأكثر ما فيه تخلف القبض. واليد ليست شرطاً في صحة البيع. بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة.

فصل: وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه. لعموم الخبر فيه. قال القاضي: ولو ابتاع شيئاً مما يحتاج إلى قبض، فلقيه ببلد آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله. وإن تراضيا. لأنه مبيع لم يقبض فإن كان مما لا يحتاج إلى قبض جاز أخذ البدل عنه. وإن كان في سلم لم يجز أخذ البدل عنه. لأنه أيضاً لا يجوز بيعه.

فصل: وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض. لم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كالذي ذكرنا. والأجرة وبدل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه، كعوض الخلع والعتق على مال، وبدل الصلح عن دم العمد، وأرش الجناية وقيمة المتلف. لأن المطلق للتصرف الملك، وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر لانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع. فجاز العقد عليه. وهذا قول أبي حنيفة. والمهر كذلك عند القاضي. وهو قول أبي حنيفة. لأن العقد لا ينفسخ بهلاكه. وقال الشافعي: لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه. ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين. لأنه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول، أو انفساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انفساخه بسبب من غير جهتها. وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض. فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول، وأما ما ملك بإرث أو وصية أو غنيمة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه. لأنه غير مضمون بعقد معاوضة. فهو كالمبيع المقبوض. وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي. ولا أعلم عن غيرهم خلافهم. وإن كان لإنسان في يد غيره وديعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلاً فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره. لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها. فجاز بيعها كالتي في يده. وإن كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده. لأنه مقبوض معه فأشبه بيع العارية ممن هي في يده. وأما بيعه لغيره فإن كان عاجزاً عن استنقاذه، أو ظن أنه عاجز. لم يصح شراؤه له. لأنه معجوز عن تسليمه إليه. فأشبه بيع الآبق والشارد. وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لإمكان قبضه فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والإمضاء. لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه. ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبه ما لو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه.

فصل: وإن كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لعمرو مثل ذلك الطعام سلماً، فقال زيد لعمرو: اذهب فاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح. لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه. وهل يصح لزيد؟ على روايتين.

إحداهما: يصح. لأنه أذن له في القبض. فأشبه قبض وكيله.

والثانية: لا يصح. لأنه لم يجعله نائباً له في القبض. فلم يقع له. بخلاف الوكيل، فعلى الوجه الأول: يصير ملكاً لزيد، وعلى الثاني: يكون باقياً على ملك المسلم إليه، ولو قال زيد لعمرو: احضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل، لم يصح، وهل يكون قابضاً لنفسه؟ على وجهين:

أولهما: أنه يكون قابضاً لنفسه. لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه فصح القبض له كما لو نوى القبض لنفسه. فعلى هذا إذا قبضه لعمرو صح، وإن قال: خذه بهذا الكيل الذي قد شاهدته فأخذه به صح، لأنه قد شاهد كيله وعلمه، فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية. وعنه لا يجزىء، وهو مذهب الشافعي، لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان» وهذا داخل فيه. ولأنه قبضه بغير كيل، أشبه ما لو قبضه جزافاً، ولو قال زيد لعمرو: احضرنا حتى أكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت، وفعلاً صح بغير إشكال، وإن اكتاله زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذي شاهده فعلى روايتين وإن تركه زيد في المكيال ودفعه إلى عمرو ليفرغه لنفسه صح، وكان ذلك قبضاً صحيحاً، لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولا معنى لابتداء الكيل هاهنا، إذ لا يحصل به زيادة علم. وقال أصحاب الشافعي لا يصح لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وهذا يمكن القول بموجبه، وقبض المشتري له في المكيال جرى لصاعيه فيه، ولو دفع زيد إلى عمرو دراهم فقال: اشتر لك بها مثل الطعام الذي لك عليّ ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا يكون عوضها لعمرو، فإن اشترى الطعام بعينها أو في ذمته، فهو كتصرف الفضولي على ما تبين، وإن قال: اشتر لي بها طعاماً ثم اقبضه لنفسك ففعل، صح الشراء، ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة، وإن قال: اقبضه لنفسك ففعل جاز، نص أحمد على نظير ذلك، وهكذا جميع المسائل التي تقدمت إذا حصل الطعام في يد عمرو لزيد فأذن له أن يقبض من نفسه، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح، لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً لنفسه من نفسه.

ولنا: إنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا هاهنا.

فصل: وإن اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك. وهو قول الحسن وابن سيرين، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئاً

مما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه. لأنه لم يقبض نصيبه منفرداً. فأشبه غير المقبوض ويحتمل الجواز لأنه مقبوض لهما يجوز بيعه لأجنبي. فجاز بيعه لشريكه كسائر الأموال فإن تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجز، كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا، ثم باعه إياه بذلك الكيل، وإن لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين تقدمتا.

مسألة: قال: (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع).

وجملته: أن ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه. لأنها تختص بمثل الثمن الأول. فجازت قبل القبض كالإقالة.

ولنا: إن هذه أنواع بيع فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه. فإن الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه. ولأنه تمليك لغير من هو في ذمته. فأشبه فبيع. وفارق الإقالة. فإنها فسخ للبيع. فأشبهت الرد بالعيب. وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرةً، ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض. لأنه غير مقبوض. فلا سبيل إلى إقباضه.

فصل: وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان. لأنهما نوعان من أنواع البيع وإنما اختصا بأسماء كما اختص بيع المرابحة والمواضعة بأسماء. فإذا اشترى شيئاً فقال له رجل: أشركني في نصفه بنصف الثمن. فقال أشركتك صح وصار مشتركاً بينهما. وإن قال: ولني ما اشتريته بالثمن فقال: وليتك صح إذا كان الثمن معلوماً لهما. فإن جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرقم. ولو قال: أشركني فيه، أو قال: الشركة فيه فقال: أشركتك، أو قال: ولني ما اشتريت. ولم يذكر الثمن صح إذا كان الثمن معلوماً. لأن الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن. والتولية ابتياعه بمثل الثمن فإذا أطلق اسمه انصرف إليه كما لو قال: أقلني. فقال أقلتك. وفي حديث عن زهرة بن معبد «أنه كان يخرج به عبدالله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام؛ فيتلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له: أشركنا فإن النبي ﷺ دعا لك بالبركة فيشركهم. فربما أصاب الراحلة كما هي، فيبعث بها إلى المنزل» ذكره البخاري؛ ولو اشترى شيئاً فقال له رجل: أشركني فأشركه انصرف إلى نصفه. لأنها بإطلاقها تقتضي التسوية. فإن اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه، فقال لهما رجل: أشركاني فيه فقالا: أشركناك احتمل أن يكون له النصف. لأن إشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف. فكذلك حال الاجتماع. ويحتمل أن يكون له الثلث. لأن الاشتراك يفيد التساوي. ولا يحصل التساوي إلا بجعله بينهم أثلاثاً. وهذا أصح. لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به. وإن أشركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف. ولكل واحد منهما الربع. وإن قال: أشركاني

فيه فأشركه أحدهما: فعلى الوجه الأول: يكون له نصف حصة الذي أشركه وهو الربع. وعلى الآخر له السدس. لأن طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساوياً لهما. فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه. وإن قال له أحدهما: أشركناك لتبني على تصرف الفضولي. فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه، فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه على الوجهين، ولو قال لأحدهما: أشركني في نصف هذا العبد فأشركه. فإن قلنا: يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه. فله نصف العبد ولهما نصفه، وإلا فله نصف حصة الذي أشركه، وإن اشترى عبداً فلقيه رجل فقال: أشركني في هذا العبد، فقال: قد أشركتك فله نصفه، فإن لقيه آخر فقال: أشركني في هذا العبد. وكان عالماً بشركة الأول. فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه. لأن طلبه للإشراك رجع إلى ما ملكه المشارك. وهو النصف فيكون بينهما. وإن لم يعلم بشركة الأول. فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة. فإذا قال له: أشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يصير له نصف العبد كله، ولا يبقى للذي أشركه شيء لأنه طلب منه نصف العبد. فأجابه إلى ذلك. فصار كأنه قال: بعني نصف هذا العبد فقال: بعتك. وهذا قول القاضي.

الثاني: أن ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين. لأن لفظ الشركة يقتضي بيع بعض نصيبه ومساواة المشتري له. فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه.

والثالث: أن لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال. لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع: شركتك. لأن ذلك هو الإيجاب الناقل للملك. وهو عالم أنه ليس له إلا نصف العبد، فينصرف إيجابه إلى نصف ملكه. وعلى هذين الوجهين: لطالب الشركة الخيار. لأنه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه، إلا أن نقول بوقوفه على الإجازة في الوجه الثاني. فيجيزه الآخر، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلاً. لأنه طلب شراء النصف. فأجيب في الربع. فصار بمنزله ما لو قال: بعني نصف هذا العبد، قال: بعتك ربعه.

فصل: ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل: بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف إلى النصف المقبوض كله. لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض. وإن قال: أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه. فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربعه بقسطه من الثمن. لأن الشركة

تقتضي التسوية، هكذا ذكره القاضي: والصحيح إن شاء الله تعالى: أنه تنصرف الشركة إلى النصف كله. فيكون تابعاً لما يصح. بيعه وما لا يصح فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة فلا يصح في الربع الذي ليس بمقبوض. وهل يصح في المقبوض؟ على وجهين.

فصل: فأما الحوالة فمعناه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذي اشتراه، فيقول لغريمه: اذهب فاقبض الطعام الذي اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك. لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له، وقد ذكرنا تفريع هذا في الفصل الذي قبل هذه المسألة.

فصل: إذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يجز أن يبيعه من غيره قبل قبضه. لأنه غير قادر على تسليمه. ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب. لحديث ابن عمر: «كنا نبيع الأبعرة بالبقيع بالدراهم فنأخذ مكانها الدنانير» وهذا مذهب الشافعي. وروي أنه لا يصح كما لا يصح في السلم. والأول أولى، فإن اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز. ولايتفرقا قبل القبض. لأنه يكون بيع دين بدين. فإن أعطاه معيناً مما يشترط فيه التقابض مثل إن أعطاه بدل الحنطة شعيراً جاز. ولم يجز التفرق قبل القبض وإن أعطاه معيناً لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض، كما لو قال: بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك. ويحتمل أن لا يجوز. لأن المبيع في الذمة فلم يجز التفرق قبل القبض كالسلم.

فصل: وإذا قال رجل لغريمه: بعني هذا على أن أقضيك دينك منه ففعل. فالشرط باطل. لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء، وهل يبطل البيع؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع، هل تبطله؟ على الروايتين، وإن قال: اقضني حقي على أن أبيعك كذا وكذا. فالشرط باطل والقضاء صحيح. لأنه قبضه حقه، وإن قال: اقضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا وكذا فالقضاء والشرط باطلان، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله.

مسألة: قال: (وليس كذلك الإقالة. لأنها فسخ وعن أبي عبدالله: الإقالة بيع).

اختلفت الرواية في الإقالة. فعنه أنها فسخ وهو الصحيح. واختيار أبي بكر. وهو مذهب الشافعي.

والثانية: أنها بيع. وهي مذهب مالك. لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه. فلما كان الأول بيعاً كذلك الثاني، ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضي. فكان بيعاً كالأول. وحكي عن أبي حنيفة: أنها في فسخ حق المتعاقدين، وبيع في حق غيرهما. فلا تثبت أحكام البيع في حقهما. بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة.

ولنا: إن الإقالة هي الدفع والإزالة، يقال: أقالك الله عثرتك، أي أزالها قال النبي ﷺ: «من أقال نادماً بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة» قال ابن المنذر: وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه: دليل على أن الإقالة ليست بيعاً، ولأنها يجوز في المسلم فيه قبل قبضه. فلم تكن بيعاً كالإسقاط. ولأنها تتقدر بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لم تتقدر به، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع. فكان فسخاً كالرد بالعيب. ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالبيع والفسخ بالخيار، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص، والأصل اعتبار الحقائق.

فصل: فإن قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده، وقال أبو بكر: لا بد فيها من كل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان، كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة.

ولنا: إنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار، أو اختلاف المتبايعين، وفارق العدة. فإنها اعتبرت للاستبراء. والحاجة داعية إليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسألتنا.

فإن قلنا: هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض: لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز، كما لا يجوز من غيره. ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخاً. لأنها رفع للعقد وإزالة له، وليست بمعاوضة. فأشبهت سائر الفسوخ. ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث؛ ولو كانت بيعاً استحقت بها الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع، ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا: هي فسخ أو بيع. لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية، وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول وأقل منه إذا قلنا: إنها بيع كسائر البياعات فإن قلنا: لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول فأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الإقالة. وكان الملك باقياً للمشتري. وبهذا قال الشافعي، وحكي عن أبي حنيفة: أنها تصح بالثمن الأول. ويبطل الشرط. لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن. والشرط ينافيه. فبطل وبقي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ.

ولنا: إنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فبطل كبيع درهم بدرهمين. ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه. فإذا شرط زيادة أو نقصاناً أخرج العقد عن مقصوده فبطل، كما لو باعه بشرط أن لا يسلم. ويفارق سائر الفسخ. لأنه لا يعتبر فيه الرضا منهما، بل يستقل به أحدهما. فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه، وإن شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً. لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ، وفي مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاهما. وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص. فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه. فتبطل الإقالة لعدم رضاه بها.

مسألة: قال: (ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها).

هذه المسألة تدل على حكمين:

أحدهما: إباحة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا نعلم فيه خلافاً. وقد نص عليه أحمد. ودل عليه قول ابن عمر: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً. فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» متفق عليه، ولأنه معلوم بالرؤية. فصح بيعه كالثياب والحيوان، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة. فإن ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض، ولا يمكن بسطها حبة حبة. ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكتفى برؤية ظاهرة، بخلاف الثوب. فإن نشره لا يشق ولم تختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لأنه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية. وكذلك لو قال: بعتك نصف هذه الصبرة، أو ثلثها أو جزءاً منها معلوماً جاز. لأن ما جاز بيع جملته جاز بيع بعضه كالحيوان، ولأن جملتها معلومة بالمشاهدة فكذلك جزؤها. قال ابن عقيل: ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الأجزاء فإن كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح. ويحتمل أن يصح. لأنه يشتري منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جيدها ورديئها بقسطه. ولا فرق بين الأثمان والمثمنات في صحة بيعها جزافاً، وقال مالك: لا يجوز في الأثمان. لأن لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها. فأشبه الرقيق والثياب.

ولنا: إنه معلوم بالمشاهدة. فأشبه المثمنات والنقرة[1] والحلي. ويبطل بذلك ما قاله. أما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ولم يعدهم. وكذلك الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها

الحكم الثاني: أنه إذا اشترى الصبرة جزافاً لم يجز له بيعها حتى ينقلها. نص عليه أحمد في رواية الأثرم. وعنه رواية أخرى. له بيعها قبل نقلها. اختارها القاضي. وهو مذهب مالك. لأنه مبيع متعين لا يحتاج إلى حق توفية. فأشبه الثوب الحاضر.

ولنا: قول ابن عمر: «إن كنا لنشتري الطعام من الركبان جزافاً: فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» وعموم قوله عليه السلام: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» مع ما ذكرنا من الأخبار، وروى الأثرم بإسناده عن عبيد بن حنين قال: «قدم زيت من الشام فاشتريت منه أبعرة وفرغت من شرائها. فقام إلي رجل فأربحني فيها ربحاً. فبسطت يدي لأبايعه. فإذا رجل يأخذني من خلفي. فنظرت فإذا زيد بن ثابت؛ فقال لا تبعه حتى تنقله إلى رحلك. فإن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك» فإذا تقرر هذا فإن قبضها نقلها كما جاء في الخبر.

(١) النقرة. بضم النون وسكون القاف القطعة المذابة من الذهب والفضة.

ولأن القبض لو لم يعين في الشرع لوجب رده إلى العرف كما قلنا في الإحياء والإحراز، والعادة في قبض الصبرة النقل.

فصل: ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعلها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجعل الرديء في باطنها أو المبلول ونحو ذلك لما روى أبو هريرة «أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بللاً. فقال يا صاحب الطعام ما هذا؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله. قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ ثم قال: من غشنا فليس منا» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. فإذا وجد ذلك ولم يكن المشتري علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما لأنه عيب. وإن بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري. لأنه زيادة له. وإن علم البائع ذلك فلا خيار له. لأنه دخل على بصيرة به. وإن لم يكن علم فله الفسخ كما لو باع بعشرين درهماً فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع. وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً. ويحتمل أنه لا خيار له لأن الظاهر أنه باع ما يعلم. فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال.

مسألة: قال: (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة).

نص أحمد على هذا في مواضع. وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وبه قال مالك وإسحاق. وروي ذلك عن طاوس قال مالك لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك، وعن أحمد: أن هذا مكروه غير محرم فإن بكر بن محمد روى عن أبيه: أنه سأله عن الرجل يبيع الطعام جزافاً وقد عرف كيله. وقلت له: إن مالكاً يقول: إذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فإن أحب أن يرد رده. قال: هذا تغليظ شديد، ولكن لا يعجبني إذا عرف كيله إلا أن يخبره. فإن باعه فهو جائز عليه. وقد أساء، ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لأنه إذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى. ووجه الأول: ما روى الأوزاعي أن النبي ﷺ قال: «من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه» قال القاضي: وقد روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة، وهو يعلم كيله» والنهي يقتضي التحريم. وأيضاً الإجماع الذي نقله مالك. ولأن الظاهر أن البائع لا يعدل إلى البيع جزافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشتري والغش له. ولذلك أثر في عدم لزوم العقد، وقد قال عليه السلام: «من غشنا فليس منا» فصار كما لو دلس العيب فإن باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم، وهو قول مالك والشافعي لأن المبيع معلوم لهما ولا تغرير من أحدهما فأشبه ما لو علما كيله أو جهلاه، ولم يثبت ما روي من النهي فيه. وإنما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه. ولأن استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغرير، وقال القاضي وأصحابه: هذا بمنزلة التدليس والغش إن علم به المشتري. فلا خيار له. لأنه دخل

على بصيرة فهو كما لو اشترى مصراة[١] يعلم تصريتها، وإن لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيار في الفسخ والإمضاء. وهذا قول مالك. لأنه غش وغدر من البائع، فصح العقد معه. ويثبت للمشتري الخيار. وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد. لأنه منهي عنه. والنهي يقتضي الفساد.

فصل: وإن أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح فإن قبضه باكتياله تم البيع والقبض. وإن قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً فإن كان المبيع باقياًلحالهعليه. فإن كان قدر حقه الذي أخبره به فقد استوفاه. وإن كان زائداً رد الفضل. وإن كان ناقصاً أخذ النقص. وإن كان قد تلف فالقول قول القابض في قدره مع يمينه، سواء كان النقص قليلاً أو كثيراً. لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق. وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله. لأن للبائع فيه علقة. فإنه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل. لأن ذلك يمنعه من معرفة كيله. وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له، مثل أن يكون حقه قفيزاً فتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك. لأنه تصرف في حقه بعد قبضه. فجاز كما لو كيل له.

والثاني: لا يجوز. لأنه لا يجوز له التصرف في الجميع. فلم يجز له التصرف في البعض كما قبل القبض. وإن قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً. فأما إن أعلمه بكيله ثم باعه إياه مجازفة على أنه له بذلك الثمن سواء كان زائداً أو ناقصاً لم يجز. لما روى الأثرم بإسناده عن الحكم قال: «قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ فقال: اذهبوا بنا إلى عثمان نعينه على طعامه» فقام إلى جنبة. فقال عثمان: في هذه الغرارة كذا وكذا، وابتعتها بكذا وكذا. «فقال رسول الله ﷺ: إذا سميت الكيل فكل» قال أحمد: إذا أخبره البائع أن في كل قارورة مناً فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني. لقوله لعثمان: «إذا سميت الكيل فكل» قيل له إنهم يقولون: إذا فتح فسد. قال: فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي؟.

فصل: ولو كال طعاماً وآخر ينظر إليه، فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان؟ على روايتين نص عليهما.

إحداهما: لا يحتاج إلى كيل لأنه شاهد كيله، فأشبه ما لو كيل له.

والثانية: يحتاج إلى كيل لأنه بيع. فاحتاج إلى كيل للأخبار والقياس على البيع الأول، ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك. لما ذكرنا في التي قبلها. ولو اشترى اثنان طعاماً

---

(١) المصراة: أنثى الأنعام التي يترك لبنها في ضرعها مدة حتى يمتلىء ضرعها باللبن.

فاكتالاه ثم ابتاع أحدهما حصة شريكه قبل تفرقهما فقال أحمد في رواية حرب: إذا اشتريا غلة أو نحوها وحضراها جميعاً وعرفا كيلها فقال أحدهما لشريكه: بعني نصيبك وأريحك فهو جائز، وإن لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا يجوز إلا بكيل، قال ابن أبي موسى: وفيه رواية أخرى: لا بد من كيله ووجهها بما تقدم. قال القاضي: ومعنى الكيل في هذه المسائل أنه يرجع في قدره إلى قول القابض. إذا كان النقص يسيراً يقع مثله في الكيل فالقول قوله مع يمينه، وإن كان لا يقع مثله في الكيل لم يقبل قوله. لأنا نتحقق كذبه. بخلاف مسائل الفصل الذي قبله. لأنه لم يكل بحضرته. والظاهر: أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضي. وفائدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضي. وأنه لا يجوز للمشتري التصرف فيه إلا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله. وإن باعه للثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز. ولم يفتقر إلى كيل ثان. والقبض فيه بنقله كسائر الصبر.

فصل: قال أحمد، في رجل يشتري الجوز فيعد في مكتل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار. قال: لا يجوز، وقال في رجل ابتاع أعكاماً[1] كيلاً وقال للبائع: كل لي عكمانها واحداً واحداً وما بقي على هذا الكيل: أكره هذا، حتى يكيلها كلها، وقال الثوري: كان أصحابنا يكرهون هذا. وذلك لأن ما في العكوم يختلف. فيكون في بعضها أكثر من بعض. فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض. والجوز يختلف عدده فيكون في أحد المكتلين أكثر من الآخر. فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل.

مسألة: قال: (وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز).

وجملة ذلك: أنه إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: يصح في قفيز واحد. ويبطل فيما سواه، لأن جملة الثمن مجهولة. فلم يصح كبيع المبتاع برقمه.

ولنا: إن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين. وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها. فيعلم مبلغه. فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهماً درهم. فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا هاهنا. ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع. فصح كالأصل المذكور، وقد روي عن علي رضي الله عنه: «أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي ﷺ بالتمر».

---

(١) الأعكام: جمع عكم بكسر العين وسكون الكاف وهو الطعام ونحوه الموضوع في جوال أو نحوه.

فصل: ولو قال: بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال: عشرة أقفزة، وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح، وحكي عن داود: أنه لا يصح، لأنه غير مشاهد ولا موصوف.

ولنا: إن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها، أشبه إذا باع نصفها. وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح، فإنه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لأنه بعضها.

فصل: وإن قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح. لأن «من» للتبعيض. «وكل» للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً، ويحتمل أن يصح البيع، كما يصح في الإجارة كل دلو بتمرة، وكل شهر بدرهم. وإن قال: بعتك هذه الصبرة الأخرى بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح. لأنه لا يدري أيزيده أم ينقصه، ولو قال: على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لأن القفيز مجهول. ولو قال: أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح. لأن معناه بعتك هذه وقفيزاً من هذه الأخرى بعشرة دراهم، وإن قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح. لأن معناه: بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول، ولو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى لم يصح. لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل. لأنه يصير قفيزاً وشيئاً بدرهم والشيء لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان. ولو قصد: أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها. وإن كانت الصبرة معلوماً قدر قفزانها لهما، أو قال: هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح. لأن معناه بعتك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم. وإن لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح، وإن أراد أني لا أحسب عليك بثمن قفيز منها صح أيضاً. لأنهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن. ولو قال: على أن أنقصك قفيزاً صح. لأن معناه بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع. وحكي عن أبي بكر: أنه يصح في جميع المسائل، على قياس قول أحمد، لأنه يجيز الشرط الواحد. ولا يصح هذا. لأن المبيع مجهول فلا يصح بيعه، بخلاف الشرط الذي يفضي إلى جهالة.

فصل: ولو باع ما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب والقطيع من الغنم ففيه نحو من مسائل الصبر. وإن قال: بعتك هذه الأرض، أو هذه الدار، أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح إذا كان مشاهداً أو قال: بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح أيضاً. فإن قال: بعتكه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وإن لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة، وإن قال: بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح. لأنه مجهول، وإن باعه شاة من القطيع لم يصح. لأن شياه القطيع غير متساوية القيم فيفضي ذلك إلى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة. فإنه يصح: لأن أجزاءها متساوية. وإن باعه ذراعاً

من الدار أو عشرة أذرع منها، يريدان بذلك قدراً غير مشاع لم يصح كذلك. وإن أراد مشاعاً منها وهما يعلمان عدد ذرعانها صح. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يصح. لأن الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول.

ولنا: إن عشرة من مائة عشرها. ولو قال: بعتك عشرها صح فكذلك، إذا قال: بعتك عشرة من مائة. وما ذكروه غير مسلم. بل هو عبارة عن قدر، كما أن المكيال عبارة عن قدر. فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءاً منها. وإن اتفقا على أنهما أرادا قدراً منها غير مشاع لم يصح البيع. وإن كان لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح. لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الأرض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة. وإن قال: بعتك من الدار من هاهنا إلى هاهنا جاز. لأنه معلوم وإن قال: عشرة أذرع ابتداؤها من هاهنا إلى هاهنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لأن الذرع يختلف، والموضع الذي ينتهي إليه لا يعلم حال العقد. ولو قال: بعتك نصيبي من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها. أو قال: نصيباً منها أو سهماً لم يصح لأنه مجهول. وإن علما ذلك صح. وإن قال: بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه. لأنه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولاً.

فصل: ولو باعه عبداً من عبدين أو أكثر لم يصح. وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لأن الحاجة تدعو إليه، وإن كانوا أكثر لم يصح. لأنه يكثر الغرر.

ولنا: إن ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعاً، كالأربعة. وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه. كالأربعة. ولا حاجة إلى هذا. فإن الاختيار يمكن قبل العقد. ثم ما قالوا يبطل بالأربعة.

فصل: وحكم الثوب حكم الأرض إلا أنه إذا قال: بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع صح. فإن كان مما لا ينقصه القطع قطعاه، وإن كان مما ينقصه القطع، وشرط البائع أن يقطعه له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز. وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الأرض، وقال القاضي: لا يصح. لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر. فأشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان.

ولنا: إن التسليم ممكن ولحقوق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضيه البائع كما لو باعه نصفاً من الحيوان مشاعاً. وفارق نصف الحيوان المعين. فإنه لا يمكنه تسليمه مفرداً، إلا بإتلافه وإخراجه عن المالية.

فصل: إذا قال: بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع. فبان أحد عشر ففيه روايتان:

إحداهما: البيع باطل. لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة وإنما باع عشرة، ولا المشتري على أخذ البعض. وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً.

والثانية: البيع صحيح والزيادة للبائع. لأن ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع. كالعيب ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة، فإن رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري. لأنه زاده خيراً. وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد. فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين:

أحدهما: له الفسخ. لأن عليه ضرراً في المشاركة.

والثاني: لا خيار له. لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن. فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ. ولأن هذا الضرر حصل بتغريره وإخباره، بخلاف غيره. فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فإن بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول. لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما. فلا يجبر واحد منهما عليه. وإن تراضيا على ذلك جاز، فإن بان تسعة ففيه روايتان:

إحداهما: يبطل البيع لما تقدم.

والثانية: البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن. وقال أصحاب الشافعي: ليس له إمساكه إلا بكل الثمن أو الفسخ، بناء على قولهم: إن المعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ أو إمساكه بكل الثمن.

ولنا: إنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين. وسنبين أن المعيب له إمساكه وأخذ أرشه فإن أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ. لأنه إنما رضي ببيعها بهذا الثمن كله. وإذا لم يصل إليه كان له الفسخ. فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لأنه وصل إليه الثمن الذي رضيه. فأشبه ما لو اشترى معيباً فرضيه بجميع الثمن.

فصل: وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له هاهنا. لأنه ضرر في الزيادة. وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمى الكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالكيل. فإذا كالها فوجدها قدر حقه أخذها. وإن كانت زائدة رد الزيادة. وإن كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن، وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة؟ على وجهين:

أحدهما: له الخيار وهو مذهب الشافعي: لأنه وجد المبيع ناقصاً. فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة.

الثاني: لا خيار له. لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره.

فصل: إذا باع الأدهان في ظروفها جملة، وقد شاهدها جاز. لأن أجزاءها لا تختلف. فهو كالصبرة. وكذلك الحكم في العسل والدبس والخل وسائر المائعات التي لا تختلف. وإن باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلاً منها أو أرطالاً معلومة يعلم أن فيها أكثر منها، أو باعه جزءاً مشاعاً أو أجزاء أو باعه إياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمن معلوم جاز، وإن باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح. لأنه قد علم المبيع والثمن. فإن لم يعلما ذلك جاز أيضاً. لأنه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم، وقال القاضي: لا يصح لأن وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر، والأول أصح، لأن بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك. فكذلك إذا جمعهما كالأرض المختلفة الأجزاء والثياب وغيرها، وأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه. ولا يكون مبيعاً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح. لأنه إذا علم أن الدهن عشرة والظرف رطلاً كان معناه: بعتك عشرة أرطال باثني عشر درهماً. وإن كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح. لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال، وسواء جهلا زنتهما جميعاً أو زنة أحدهما لذلك.

فصل: وإن وجد في ظرف السمن رباً[1] فقال ابن المنذر: قال أحمد وإسحاق إن كان سماناً وعنده سمن أعطاه بوزنه سمناً، وإن لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن، وألزمه شريح بقدر الرب سمناً بكل حال. وقال الثوري: إن شاء أخذ الذي وجده، ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمناً.

ولنا: إنه وجد المبيع المكيل ناقصاً. فأشبه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة. وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا هاهنا. فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمناً، سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن، فإن تراضيا على إعطائه سمناً جاز، والله أعلم.

---

(١) الرب: الثفل من كل عصير أو مائع.

باب المصراة وغير ذلك

التصرية: جمع اللبن في الضرع، يقال: صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف. ويقال: صرى الماء في الحوض، وصرى الطعام في فيه، وصرى الماء في ظهره، إذا ترك الجماع وأنشده أبو عبيدة:

رأيت غلاماً قد صرى في فقرته ماء الشباب عنفوان شرته

وماء صري وصر إذا طال استنقاعه. قال البخاري: أصل التصرية حبس الماء، يقال: صريت الماء، ويقال للمصراة: المحفلة[1]. وهو من الجمع أيضاً، ومنه سميت مجامع الناس محافل.

والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري. لقول النبي ﷺ: «لا تصروا» وقوله: «من غشنا فليس منا» وروى ابن ماجة في سننه عن النبي ﷺ أنه قال: «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة[2] لمسلم» رواه ابن عبد البر: «ولا يحل خلابة لمسلم».

مسألة: قال: (وإذا اشترى مصراة وهو لا يعلم، فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها وصاعاً من تمر).

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة:

الأول: أن من اشترى مصراة من بهيمة الأنعام لم يعلم تصريتها ثم علم. فله الخيار في الرد والإمساك. روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن

---

(١) أي المجمع لبنها فيها.

(٢) أي الخداع والغش.

أبي ليلى والشافعي وإسحاق، وأبو يوسف وعامة أهل العلم وذهب أبـو حنيفة ومحمـد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب. بدليل أنه لو لم تكن مصراة فوجدها أقـل لبناً من أمثـالها لم يملك ردها. والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار. كما لو علفهـا فانتفـخ بطنهـا فظن المشـتري أنها حامل.

ولنا: ما روى أبـو هريـرة عن النبي ﷺ أنه قـال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتـاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبهـا إن شاء أمسكهـا، وإن شاء ردهـا وصاعـاً من تمر» متفق عليه، وروى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «من ابتاع محفلة فهو بـالخيار ثـلاثة أيـام إن ردها رد معها مثل أومثلي لبنها قمحاً» رواه أبو داود. ولأن هـذا تدليس بمـا يختلف الثمن باختـلافه. فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعـرها وقبـاسهم يبطل بتسـويد الشعـر. فإن بيـاضه ليس بعيب كالكبر. وإذا دلسه ثبت له الخيار. وأما انتماخ البطن فقد يكون من الأكل والشرب فـلا معنى لحمله على الحمـل. وعلى أن هـذا القياس يخـالف النص واتباع قـول رسول الله ﷺ أولى.

إذا تقرر هذا. فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالماً بالتصرية. فإن كان عالماً لم يثبت له الخيار. وقال أصحاب الشافعي: يثبت له الخيار في وجه للخـبر. ولأن انقطاع اللبن لم يوجد. وقد يبقى على حاله. فلم يجعل ذلك رضى، كما لو تزوجت عنيناً ثم طلبت الفسخ.

ولنا: إنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار، كما لو اشترى من سود شعـرها عـالماً بذلك ولأنه دخل على بصيرة. فلم يثبت له الرد، كما لو اشترى معيباً يعلم عيبـه، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم. والأصل الذي قاسوا عليـه ممنوع. ولـو اشترى مصراة فصار لبنها عادة واستمر على كثرته لم يكن له الـرد. وقال أصحـاب الشافعي: لـه الرد في أحـد الوجهين للخبر. ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد. فأثبت الرد كما لو نقص اللبن.

ولنا: إن الرد جعـل لدفـع الضرر بنقص اللبن ولم يـوجـد فامتنـع الرد. ولأن العيب لم يوجد ولم يختلف صفة المبيع عن حالة العقد. فلم يثبت التدليس. لأن الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر.

الفصل الثاني: أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن. وهذا قول كل من جوز ردهـا. وهو مقـدر في الشرع بصـاع من تمر. كـما في الحديث الصحيـح الذي أوردنـاه وهذا قـول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور. وذهب مالك وبعض الشافعيـة إلى أن الواجب صـاع من غالب قوت البلد. لأن في بعض الحديث «ورد معها صاعـاً من طعام» وفي بعضهـا «ورد معها مثـل أو مثلي لبنها قمحاً» فجمع بين الأحاديث. وجعـل تنصيصه عـلى التمر لأنـه غالب قـوت البلد في

المدينة. ونص على القمح. لأنه غالب قوت بلد آخر، وقال أبو يوسف: يرد قيمة اللبن لأنه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة.

ولنا: الحديث الصحيح الذي أوردناه، وهو المعتمد عليه في هذه المسألة. وقد نص فيه على التمر فقال: «إن شاء ردها وصاعاً من تمر» وفي لفظ للبخاري: «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» وفي لفظ لمسلم رواه ابن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ «ورد صاعاً من تمر لا سمراء» وفي لفظ له: «طعاماً لا سمراء» يعني لا يرد قمحاً. والمراد بالطعام هاهنا التمر. لأنه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة. والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد. وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق. إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً. ثم قد شك فيه الراوي وخالفته الأحاديث الصحاح. فلا يعول عليه. وقياس أبي يوسف مخالف للنص. فلا يلتفت إليه. ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ودفعاً للتنازع، كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه. ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة:

أحدها: أن القيمة هي الأثمان لا التمر.

الثاني: أنه أوجب في المصراة من الإبل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها.

الثالث: أن لفظه للعموم. فيتناول كل مصراة. ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعاً. وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع. لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها. فلا يجوز أن يعدل عنهاوإن قدمت هذا فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب لأنه واجب بإطلاق الشارع. فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة. ولا يجب أن يكون من الأجود، بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسم الجيد. ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة لبن الشاة أو أقل أو أكثر. نص عليه أحمد. وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل. لأن التمر بدل اللبن قدره الشرع به، كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك سيده. وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد. لأنه بمثابة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها.

فصل: وإن علم بالتصرية قبل حلبها، مثل أن أقرّ به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لأن التمر إنما وجب بدلاً للبن المحتلب ولذلك قال رسول الله ﷺ: «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها. فإن رضيها أمسكها. وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» ولم يأخذ لها لبناً هاهنا. فلم يلزمه رد شيء معها. وهذا قول مالك. قال

ابن عبد البر: هذا ما لا خلاف فيه. وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنها ولا يلزمه أيضاً بشيء. لأن المبيع إذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله. فإن أبى البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك إذا كان بحاله لم يتغير. وقيل: لا يلزمه قبوله لظاهر الخبر. ولأنه قد نقص بالحلب وكونه في الضرع أحفظ له.

ولنا: إنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البدل، كسائر المبدلات مع أبدالها. والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله: «ففي حلبتها صاع من تمر» ولما ذكرنا من المعنى. وقولهم: إن الضرع أحفظ له لا يصح. لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على الدوام وبقاؤه يضر بالحيوان. وإن كان اللبن قد تغير ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه قبوله. وهذا قول مالك للخبر. ولأنه قد نقص بالحموضة أشبه ما لو أتلفه.

والثاني: يلزمه قبوله. لأن النقص حصل بإسلام المبيع وبتغرير البائع وتسليطه على حلبه. فلم يمنع الرد كلبن غير المصراة.

فصل: وإذا رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً آخر ردها به. لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما لو اشترى أعرج فرضي بعيبه ثم أصاب[1] به برصاً، وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن. لأنه قد جعل عوضاً له فيما إذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقاً.

فصل: ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد. ثم إن لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه. لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشتري. وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله في العادة فلا شيء فيه لأن مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له في العادة فهو تابع لما حدث. وإن كان كثيراً وكان قائماً بحاله فهل له رده؟ يبنى على لبن التصرية وقد سبق. فإن قلنا: ليس له رده كان بقاؤه كتلفه، وهل له أن يرد المبيع؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئاً فتلف منه جزء أو تعيب. والأشهر في المذهب أنه يرده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن. لأنه من ذوات الأمثال. والأصل: ضمان ما كان من المثليات بمثله إلا أنه خولف في لبن التصرية بالنص، ففيما عداه يبقى على الأصل ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو مما ذكرنا.

الفصل الثالث في الخيار: اختلف أصحابنا في مدته. فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيها. ولا إمساكها بعدها: فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد، قال: وهو ظاهر كلام أحمد وهو قول أصحاب الشافعي لأن أبا هريرة روى أن النبي ﷺ قال: «من

---

(١) أي وجد به برصاً.

اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر» رواه مسلم. قالوا: فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيها. لأنها في اليوم الأول لبنها لبن التصرية. وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف. وكذلك في الثالث. فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور. ولا يثبت قبل انقضائها. وقال أبو الخطاب: عندي متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها. لأنه تدليس يثبت الخيار فملك الرد به إذا تبينه كسائر التدليس. وهذا قول بعض المدنيين فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة. لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً، فإن حصل العلم بها أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها كما في سائر التدليس. وظاهر قول ابن أبي موسى: أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها. وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي. وحكاه عن الشافعي نصاً لظاهر حديث رسول الله ﷺ. فإنه يقتضي ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلها، وعلى قول القاضي: لا يثبت الخيار في شيء منها وإنما يثبت عقبها، وقول أبي الخطاب يسوي بين الأيام الثلاثة وبين غيرها، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب. لأن الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس.

مسألة: قال: (وسواء كان المشترى ناقة أو بقرة أو شاة).

جمهور أهل العلم: على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة وشذ داود. فقال: لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لأن الحديث «لا تصروا الإبل والغنم» فدل على أن ما عداهما بخلافهما ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص. والقياس لا تثبت به الأحكام.

ولنا: عموم قوله: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام» وفي حديث ابن عمر: «من ابتاع محفلة» ولم يفصل، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام. أشبه الإبل والغنم، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر. لأن لبنها أغزر وأكثر نفعاً، وقولهم: إن الأحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ثم هو هاهنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع.

فصل: إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن رد مع كل مصراة صاعاً. وبهذا قال الشافعي وبعض أصحاب مالك. وقال بعضهم: في الجميع صاع واحد لأن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر».

ولنا: عموم قوله: «من اشترى مصراة - و - من اشترى محفلة» وهذا يتناول الواحدة. ولأن ما جعل عوضاً عن الشيء في صفقتين وجب إذا كان في صفقة واحدة كأرش العيب. وأما الحديث فإن الضمير يعود إلى الواحدة.

فصل: فإن اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام كالأمة والأتان والفرس، ففيه وجهان:

أحدهما: يثبت له الخيار اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله: «من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة» ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الأنعام. وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظئراً ويحسن ثديها، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها، فبان بخلافه ملك الفسخ ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت باشتراطه ولا ملك الفسخ بعدمه. ولأن الأتان والفرس يرادان لولدهما.

والثاني: لا يثبت به الخيار. لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام والخبر ورد في بهيمة الأنعام. ولا يصح القياس عليه لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص، بدليل أنه أمر في ردها بصاع من تمر. ولا يجب في لبن غيرها. ولأنه ورد عاماً وخاصاً في قضية واحدة. فيحمل العام على الخاص. ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر. وعلى الوجه الأول: إذا ردها لم يلزم بدل لبنها. ولا يرد معها شيئاً. لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه.

فصل: وكل تدليس يختلف الثمن لأجله، مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضمر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار. لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية، وبهذا قال الشافعي، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر. وقال في تجعيده: لا يثبت به الخيار. لأنه تدليس بما ليس بعيب. أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً.

ولنا: إنه تدليس بما يختلف به الثمن. أشبه تسويد الشعر وأما تسويد الأنامل فليس بمختص بكونه كاتباً. لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة، أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمع لا يستحق به فسخاً. فإن حصل هذا من غير تدليس، مثل إن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لخجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه. فقال القاضي: له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري، والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد. فأشبه العيب، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرة وجهها بخجل أو تعب. لأنه يحتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعاً. فأشبه سواد أنامل العبد.

فصل: فإن علف الشاة فملأ خواصرها وظن المشتري أنها حامل أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوهم أنه كاتب أو حداد أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لأن هذا لا يتعين للجهة التي ظنها. فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرهما وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة أو لكونه شارعاً في الكتابة أو غلاماً لكاتب فحمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً.

فصل: وإذا أراد إمساك المدلس وأخذ الأرش لم يكن له أرش. لأن النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة أرشاً. وإنما خيره في شيئين قال: «إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر» ولأن المدلس ليس بعيب. فلم يستحق من أجله عوضاً. وإن تعذر عليه الرد بتلف فعليه الثمن، لأنه تعذر عليه الرد فيما لا أرش له. فأشبه غير المدلس وإن تعيب عنده قبل العلم بالتدليس. فله رده ورد أرش العيب عنده وأخذ الثمن. وإن شاء أمسك ولا شيء له. وإن علم التدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب. وإن أخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخر رد المعيب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (وإذا اشترى أمة ثيباً فأصابها، أو استغلها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يردها ويأخذ الثمن كاملاً. لأن الخراج بالضمان، والوطء كالخدمة، وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب).

في هذه المسألة فصول خمسة:

أحدها: أن من علم بسلعته عيباً لم يجز بيعها حتى يبينه للمشتري. فإن لم يبينه فهو آثم عاص. نص عليه أحمد. لما روى حكيم بن حزام عن النبي ﷺ أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. فإن صدقا وبينا بورك لهما. وإن كذبا وكتما محق بركة بيعهما» متفق عليه. وقال عليه السلام: «المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه له» وقال: «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله، ولم تزل الملائكة تلعنه» رواهما ابن ماجة. وروى الترمذي: أن النبي ﷺ قال: «من غشنا فليس منا» وقال: هذا حديث حسن صحيح، والعمل عليه عند أهل العلم، كرهوا الغش وقالوا: هو حرام. فإن باعه ولم يبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي. وحكي عن أبي بكر عبد العزيز: أن البيع باطل لأنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد.

ولنا: إن النبي ﷺ «نهى عن التصرية» وصحح البيع، وقد روي عن أبي بكر أنه قيل له: ما تقول في المصراة؟ فلم يذكر جواباً.

الفصل الثاني: أنه متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الإمساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم. لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً. وإثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب. ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب. بدليل ما روي عن النبي ﷺ: «أنه اشترى مملوكاً فكتب: هذا ما اشترى محمد بن عبدالله من العداء من خالد، اشترى منه عبداً أو أمة لا داء به ولا غائلة، بيع المسلم المسلم» فثبت أن بيع المسلم اقتضى السلامة. ولأن الأصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر.

فعند الإطلاق يحمل عليها. فمتى فاتت فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعروض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً.

فصل: خيار الرد بالعيب على التراخي فمتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ذكره أبو الخطاب، وذكر القاضي شيئاً يدل على أن فيه روايتين:

إحداهما: هو على التراخي.

والثانية: هو على الفور. وهو مذهب الشافعي فمتى علم العيب فأخر رده مع إمكانه بطل خياره. لأنه يدل على الرضا. فأسقط خياره كالتصرف فيه.

ولنا: إنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كالقصاص ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا به.

الفصل الثالث: أنه لا يخلو المبيع من أن يكون بحاله. فإنه يرده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان:

أحدهما: أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأبير، فإنه يردها بنمائها، لأنه يتبع في العقود والفسوخ:

القسم الثاني: أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان.

أحدهما: أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب، وهو معنى قوله: «أو استغلها» يعني أخذ غلتها. وهي منافعها الحاصلة من جهتها كالخدمة والأجرة والكسب، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به، فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» ولا نعلم في هذا خلافاً، وقد روى ابن ماجة عن هشام بن عمار عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها «أن رجلاً اشترى عبداً. فاستغله ما شاء الله، ثم وجد به عيباً فرده، فقال: يا رسول الله إنه استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان» رواه أبو داود والشافعي، ورواه سعيد في سننه عن مسلم بهذا الإسناد، وقال فيه: «الغلة بالضمان» وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم.

والنوع الثاني: «أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد الأصل دونها» وبهذا قال الشافعي: وقال مالك: إن كان النماء ثمرة لم يردها، وإن كان ولداً رده معها، لأن الرد حكم فسرى إلى ولدها كالكتابة، وقال أبو حنيفة: النماء الحادث

في يد المشتري يمنع الرد. لأنه لا يمكن رد الأصل بدونه، لأنه من موجبه فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه ولا يمكن رده معه، لأنه لم يتناوله العقد.

ولنا: إنه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد، كما لو كان في يد البائع وكالكسب، ولأنه نماء منفصل فجاز رد الأصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك، وقولهم: إن النماء موجب العقد غير صحيح، إنما موجبه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ، وقول مالك لا يصح. لأن الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الأم، ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما، فإنه لا يسري إلى الولد بوجوده في الأم وإن كان قد نقص. فهذا نذكر حكمه إن شاء الله تعالى.

الفصل الرابع: إن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شيء. وروي ذلك عن زيد بن ثابت. وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي. وعن أحمد رواية أخرى: أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه. وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة وإسحاق. لأن الوطء يجري مجرى الجناية. لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال، فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكراً. وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردها ومعها أرش. واختلفوا فيه. فقال شريح والنخعي: نصف عشر ثمنها. وقال الشعبي: حكومة. وقال ابن المسيب: عشرة دنانير. وقال ابن أبي ليلى: مهر مثلها. وحكي نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد. لأنه إذا فسخ صار واطئاً في ملك الغير لكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله.

ولنا: إنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب. فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج. وما قالوه يبطل بوطء الزوج ووطء البكر ينقص ثمنها، وقولهم: يكون واطئاً في ملك الغير: ليس بصحيح. لأن الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله. بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون وطؤه في ملكه.

فصل: ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه فإن زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فإن كان ذلك النكاح باقياً فهو عيب حادث. وإن كان قد زال فحكمه حكم وطء السيد، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد. وهو محمول على الرواية الأخرى. إذ لا فرق بين هذا وبين وطء السيد. وإن زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث، حكمه حكم العيوب الحادثة، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال. لأنه لزمها حكم الزنا في يد المشتري.

الفصل الخامس: أنه إذا اختار المشتري إمساك المعيب وأخذ الأرض فله ذلك. وهذا قول إسحاق، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس له إلا الإمساك أو الرد. وليس له أرش إلا أن

يتعذر رد المبيع. لأن النبي ﷺ جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد. ولأنه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذي له الخيار.

ولنا: إنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الأرش كما لو تعيب عنده. ولأنه فات عليه جزء من المبيع. فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة أو كما لو أتلفه بعد البيع؛ فأما المصراة فليس فيها عيب. وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء. ولذلك لا يستحق أرشاً إذا امتنع الرد عليه.

إذا ثبت هذا: فمعنى أرش العيب أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن فنسبته إلى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة، مثاله أن يقوم المعيب صحيحاً بعشرة ومعيباً بتسعة والثمن خمسة عشر فقد نقصه العيب عشر قيمته. فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف. وعلة ذلك: أن المبيع المضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضاً. ولأننا لو ضمناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته فوجد به عيباً ينقصه نصف قيمته؛ مثل أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه. وهذا معنى قول الخرقي أو يأخذ ما بين الصحة والعيب. وقد نص أحمد على ما ذكرناه، وذكره الحسن البصري فقال: يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد: هذا أحسن ما سمعت.

مسألة: قال: (وإن كانت بكراً فأراد ردها كان عليه ما نقصها).

يعني الأمة البكر إذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرش النقص. وعن أحمد في جواز ردها روايتان:

إحداهما: لا يردها ويأخذ أرش العيب وبه قال ابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة وإسحاق. قال ابن أبي موسى: وهو الصحيح عن أحمد.

والرواية الثانية: يردها ويرد معها شيئاً وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكراً عشرة وثيباً ثمانية رد دينارين. لأنه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته، بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري وهذا قول مالك وأبي ثور، وقال شريح والنخعي: يرد عشر ثمنها، وقال سعيد بن المسيب. يرد عشرة دنانير. وما قلناه أولى إن شاء الله تعالى، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عينها وقيمتها فلم يملك ردها كما لو اشترى عبداً فخصاه فنقصت قيمته.

ولنا: إنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام. فأثبت الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض.

فصل: وكل مبيع كان معيباً ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالأول. فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان:

إحداهما: ليس له الرد، وله أرش العيب القديم وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لأن الرد ثبت لإزالة الضرر وفي الرد على البائع إضرار به. ولا يزال الضرر بالضرر.

والثانية: له الرد ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن. وإن شاء أمسكه وله الأرش. وبهذا قال مالك وإسحاق. وقال النخعي وحماد بن أبي سليمان يرده ونقصان العيب، وقال الحكم: يرده ولم يذكر معه شيئاً.

ولنا: حديث المصراة. فإن النبي ﷺ أمر بردها بعد حلبها ورد عوض لبنها. واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه «قضى في الثوب إذا كان به عوار برده وإن كان قد لبسه» ولأنه عيب حدث عند المشتري. فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه، وبين أخذ أرش العيب القديم كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع. ولأن العيبين قد استويا والبائع قد دلس به والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى. ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل. وليس في المسألة إجماع ولا نص. والقياس إنما يكون على أصل وليس لما ذكروه أصل فيبقى الجواز بحاله.

إذا ثبت هذا: فإنه يرد أرش العيب الحادث عنده. لأن المبيع بجملته مضمون عليه، فكذلك أجزاؤه. وإن زال العيب الحادث عند المشتري رده ولا أرش معه على كلتا الروايتين، وبه قال الشافعي. لأنه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصاب بها عيباً. فالحمل عيب في الآدميات دون غيرهن. لأنه يمنع الوطء ويخاف منه التلف. فإن ولدت فالولد للمشتري. وإن نقصتها الولادة فذلك عيب أيضاً. وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها، لأنه زال العيب وإن كان ولدها باقياً لم يكن له ردها دون ولدها. لأن ذلك تفريق بينهما وهو محرم، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما: له الفسخ فيها دون ولدها، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي، ولأنه موضع حاجة» فأشبه ما لو ولدت حراً فإنه يجوز بيعها دون ولدها.

ولنا: عموم قول النبي ﷺ «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الأرش أو برد ولدها معها. فلم يجز ارتكاب منهي الشرع

بالتفريق بينهما. كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها، وقولهم: إن الحاجة داعية إليه. قلنا: قد اندفعت الحاجة بأخذ الأرش. أما إذا ولدت حراً فلا سبيل إلى بيعه معها بحال، ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث به حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب. لأنه زيادة. وإن علم بالعيب بعدالوضع ولم تنقصه الولادة. فله إمساك الولد ورد الأم. لأن التفريق بينهما جائز. ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده. ولو اشتراها حاملاً فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها. لأنه من جملة المبيع والزيادة فيه نماء متصل بالمبيع. فأشبه ما لو سمنت الشاة. فإن تلف الولد فهو كمتعيب المبيع عنده. فإن قلنا: له الرد فعليه قيمته إن اختار رد الأم، وعن أحمد: أنه لا قيمة عليه للولد. وحمله القاضي على أن البائع دلس العيب. وإن نقصت الأم بالولادة فهو عيب حادث، حكمه حكم العيوب الحادثة. ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين للشافعي. فعلى هذا يكون الوليد حينئذ للمشتري. فلا يلزمه رده إن كان باقياً ولا قيمة إن كان تالفاً والأول هو الصحيح. وعليه العمل إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن كان المبيع كاتباً أو صانعاً فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً. فذلك عيب حادث عند المشتري، حكمه حكم غيره من العيوب. وعن أحمد: يرده ولا يرد معه شيئاً وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين. ويمكن عوده بالتذكر. قال: وعلى هذا لو كان سميناً فهزل. والقياس ما ذكرناه. فإن الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع. فأشبهت الأعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل. وإمكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ولعل ما روي عن أحمد أراد به إذا دلس البائع العيب.

فصل: وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فإن كان المبيع من ضمنه فحكمه حكم العيب القديم. وإن كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض. فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ولا يثبت به خيار. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: عهدة الرقيق ثلاثة أيام، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع إلا في الجنون والجذام والبرص. فإن ظهر إلى سنة ثبت الخيار. لما روى الحسن عن عقبة «أن النبي ﷺ جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام» وأنه إجماع أهل المدينة، ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر.

ولنا: إنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع أو ما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت. قال الإمام أحمد: ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر: لا يثبت في العهدة حديث صحيح، والحسن لم يلق عقبة. وإجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به. وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن.

مسألة: قال: (**إلا أن يكون البائع دلس العيب. فيلزمه رد الثمن كاملاً. وكذلك سائر المبيع**).

معنى دلس العيب: أي كتمه عن المشتري مع علمه به، أو غطاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، مشتق من الدلسة. وهي الظلمة. فكأن البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة فخفي عن المشتري فلم يره. ولم يعلم به، وسواء في هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلاهما تدليس حرام على ما بيناه. فإذا فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملاً، ولا أرش عليه، سواء كان الحادث بفعل المشتري، كوطء البكر وقطع الثوب، أو بفعل آدمي آخر، مثل أن يجني عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والإباق، أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه، سواء كان ناقصاً للمبيع أو مذهباً لجميعه. قال أحمد في رجل اشترى عبداً فأبق من يده وأقام البينة أن إباقه كان موجوداً في يد البائع: يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذه منه. لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان. وهذا يحكى عن الحكم ومالك. لأنه غره فيرجع عليه كما لو غره بحرية أمه. وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث في يد المشتري مضمون عليه، سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه، فإن التصرية تدليس. ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن، بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية. وقال: «بيع المحفلات خلابة ولا تحل الخلابة لمسلم» وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له. فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصاً ولا إجماعاً. والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلاً. ولا يشبه هذا التغرير بحرية الأمة في النكاح. لأنه يرجع على من غيره وإن لم يكن سيد الأمة، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء.

فصل: في معرفة العيوب: وهي النقائص الموجبة لنقص المالية. لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها عيباً. والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن وهم التجار.

فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعور والعرج والعفل[1] والقرن والعتق والرتق والقرع والصمم والطرش والخرس وسائر المرض والإصبع الزائدة والناقصة الحول والخوص[2] والسبل وهو زيادة في الأجفان والتخنيث وكونه خنثى والخصاء والتزوج في

(١) العفل: لحمة تكون في قبل المرأة تضيق مدخل الذكر، والقرن: اقتران الشفرين من فرج المرأة لوجود عظمة صغيرة بينهما، والعتق: العض، والرتق: انسداد الفرج.

(٢) الخوص غور العين وانخسافها.

الأمة والبخر فيها، وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي. ولا أعلم فيه خلافاً. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشترى ولها زوج: أنه عيب. وكذلك الدين في رقبة العبد إذا كان السيد معسراً، والجناية الموجبة للقود. لأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والبيع في الدين ومستحقة للإتلاف بالقصاص، والزنا والبخر عيب في العبد والأمة جميعاً، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس ذلك بعيب في العبد. لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة.

ولنا: إن ذلك ينقص قيمته وماليته. فإنه بالزنا يتعرض لإقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته وحريمه والبخر يؤذي سيده ومن جالسه وخاطبه أو ساره، وأما السرقة والإباق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده، وقال الثوري وإسحاق: ليس بعيب فيه حتى يحتلم. لأن الأحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود ببلوغه. فكذلك هذا.

ولنا: إن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه، والسرقة والإباق لخبث في طبعه. وحد ذلك بالعشر لأمر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها، والتفريق بينهم في المضاجع لبلوغها. فأما من دون ذلك فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله وعدم تثبته. وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من النبيذ. نص عليه أحمد. لأنه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحمق الشديد والاستطالة على الناس لأنه يحتاج إلى التأديب، وربما تكرر فأفضى إلى تلفه، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير. لأنه منسوب إلى فعله، وعدم الختان ليس بعيب في الصغير. لأنه لم يفت وقته ولا في الأمةالكبيرة .وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة: هو عيب فيها. لأنه زيادة ألم فأشبهت العبد.

ولنا: إنه ليس بواجب في حقها والألم فيه يسير لا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير. فأما العبد الكبير فإن كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه. لأن العادة أنهم لا يختتنون. فصار ذلك معلوماً عند المشتري فهو كدينهم. وإن كان مسلماً مولداً فهو عيب فيه. لأنه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة.

فصل: والثيوبة ليست عيباً. لأن الغالب على الجواري الثيوبة. فالإطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خللاً في المالية ولا نقصاً وإنما التحريم مختص به. وكذلك الإحرام والصيام. لأنهما يزولان قريباً، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا نعلم لهما مخالفاً. وكذلك عدة البائن. وأما عدة

الرجعية فهي عيب. لأن الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعه لها. ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب. وحكي عن مالك في الجارية المغنية: أن ذلك عيب فيها. لأن الغناء محرم.

ولنا: إن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها. فلم يكن عيباً كالصناعة. ولا نسلم أن الغناء محرم. وإن سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته، والعسر[1] ليس بعيب وكان شريح يرد به.

ولنا: إنه ليس بنقص وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالأخرى، والكفر ليس بعيب. وبه قال الشافعي: وقال أبو حنيفة: هو عيب. لأنه نقص بدليل وقال الله تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢١].

ولنا: إن العبيد يكون فيهم المسلم والكافر والأصل فيهم الكفر. فالإطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيباً كما أن المتقي خير من غيره. قال الله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] وليس عدم ذلك عيباً. وكونه ولد زنا ليس بعيب. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: هو عيب في الجارية. لأنها تراد للافتراش بخلاف العبد.

ولنا: إن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفي النسب، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب. لأن هذه حرفة فلم يكن فواتها عيباً كسائر الصنائع، وكونها لا تحيض ليس بعيب.

وقال الشافعي: هو عيب إذا كان لكبر. لأن من لا تحيض لا تحمل.

ولنا: إن الإطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيباً كما لو كان لغير الكبر.

فصل: وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيباً صح اشتراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها، مثل أن يشترط مسلماً فيبين كافراً أو يشترط الأمة بكراً أو جعدة أو طباخة أو ذات صنعة أو لبن أو أنها تحيض، أو يشترط في الدابة أنها هملاجة[2]، أو في الفهد: أنه صيود، وما أشبه هذا. فمتى بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به. ولا شيء له. لا نعلم بينهم في هذا خلافاً. لأنه شرط وصفاً مرغوباً فيه فصار بالشرط مستحقاً.

---

(١) العسر كون العبد يعمل بيده الشمال.
(٢) أي ذلولة مطيعة.

فأما إن شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها، مثل أن يشترطها سبطة[1] فبانت جعدة أو جاهلة فبانت عالمة: فلا خيار له. لأنه زاده خيراً. وإن شرطها كافرة فبانت مسلمة، أو ثيباً فبانت بكراً. فله الخيار. لأن فيه قصداً صحيحاً. وهو أن طالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها العبادات. وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو ليبيعها لعاجز عن البكر. فقد فات قصده وقيل: لا خيار له. لأن هذين زيادة. وهو قول الشافعي في البكر. واختيار القاضي. واستبعد كونه يقصد الثيوبة لعجزه عن البكر. وليس هذا ببعيد فإنه ممكن والاشتراط يدل عليه فيصير بالدليل قريباً، وإن شرط الشاة لبوناً صح وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح. لأنه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه.

ولنا: إنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان ويأخذ قسطاً من الثمن. فصح اشتراطه كالصناعة في الأمةوالهمجلة في الدابة. وإنما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة، والجهالة تسقط فيما كان بيعاً. وكذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعها معه. وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه، وإن لم يجز بيعها مفردين. وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدراً معلوماً لم يصح لتعذر الوفاء به لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه، وإن شرطها غزيرة اللبن صح. لأنه يمكن الوفاء به. وإن شرطها حاملاً صح. وقال القاضي: قياس المذهب أنه لا يصح. لأن الحمل لا حكم له. ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح.

ولنا: إنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها. فصح شرطه كالصناعة وكونها لبوناً. وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكماً، ولذلك «حكم النبي ﷺ في الدية بأربعين خلفة في بطونها أولادها» ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات، وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها، وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها. ومنع من الاقتصاص منها، وإقامة الحد عليها من أجل حملها، وظاهر الحديث المروي في اللعان، يدل على أنه لاعنها في حال حملها، فانتفى عنه ولدها وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً، لأنه لا يمكن الوفاء به، وإن شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لأنه لا يمكن الوفاء به، وقال مالك: لا يصح في المرتفعات، ويصح في غيرهن.

ولنا: إنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات، وإن شرطها حائلاً فبانت حاملاً، فإن كان ذلك في الأمة فهو عيب يثبت الفسخ به، وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً، ويحتمل أن يستحق، لأنه قد يريدها لسفر أو لحمل شيء لا يتمكن منه مع الحمل، وإن شرط البيض في الدجاجة، فقد قيل: لا يصح، لأنه لا علم عليه يعرف به، ولم يثبت له في المشرع حكم، والأولى أنه يصح، لأنه يعرف بالعادة، فأشبه اشتراط الشاة لبوناً،

---

(١) شعرها سلس غير متجعد.

وإن اشترط الهزار، أو القمري مصوتاً، فقال بعض أصحابنا: لا يصح، وبه قال أبو حنيفة، لأن صياح الطير يجوز أن يوجد، ويجوز أن لا يوجد، والأولى جوازه لأن فيه مقصداً صحيحاً، وهو عادة له وخلقة فيه، فأشبه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها، فقال القاضي: لا يصح، وهو قول أبي حنيفة، لأن فيه تعذيباً للحيوان والقصد منه غير صحيح، وقال أبو الخطاب: يصح لأن هذه عادة مستمرة، وفيه قصد صريح لتبليغ الأخبار وحمل الكتب، فجرى مجرى الصيد في الفهد والهملجة في الدابة، وإن شرط في الجارية أنها مغنية لم يصح. لأن الغناء مذموم في الشرع. فلم يصح اشتراطه كالزنا وإن شرط في الكبش كونه نطاحاً، وفي الديك كونه مقاتلاً لم يصح الشرط. لأنه منهي عنه في الشرع. فجرى مجرى الغناء في الجارية. وإن شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح. لأنه لا يمكنه الوفاء به. وإن شرط كونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ما ذكرنا.

فصل: ولا يفتقر الرد بالعيب إلى رضا البائع، ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعضه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه. وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم. لأن ملكه قد تم على الثمن. فلا يزول إلا برضاه.

ولنا: إنه رفع عقد مستحق له، فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق. لأنه مستحق الرد بالعيب. فلا يفتقر إلى رضا صاحبه، كقبل القبض.

مسألة: قال: (ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب، كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن، أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها).

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة:

منها: إنه إذا اشترى معيباً فباعه سقط رده. لأنه قد زال ملكه عنه. فإن عاد إليه فأراد بالعيب الأول نظرنا. فإن كان باعه عالماً بالعيب أو وجد منه ما يدل على رضاه به فليس له رده. لأن تصرفه رضاً بالعيب وإن لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه. وبهذا قال الشافعي. وقاله أبو حنيفة: ليس له رده إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم. لأنه سقط حقه من الرد ببيعه. فأشبه ما لو علم بعيبه.

ولنا: إنه أمكنه استدراك ظلامته برده. فملك ذلك، كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه: ولا نسلم سقوط حقه. وإنما امتنع لعجزه عن رده. فإذا عاد إليه زال المانع، فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لغيبة البائع أو لمعنى سواه، وسواء رجع إلى المشتري

الأول بـالعيب، الأول أو بإقـالة أو هبـة أو شراء ثان أو مـيراث في ظاهـر كـلام القـاضي وقـال أصحاب الشافعي: إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول ففيه وجهان:

أحدهما: ليس له رده. لأنه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل بفسخه.

ولنا: إن سبب استحقاق الرد قائم. وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد عليه بالعيب. فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائعها الأول فوجد بها عيباً كان موجوداً حال العقد الأول فله الرد على البائع الثاني، ثم للثاني رده. وفائدة الرد ههنا: اختـلاف الثمنين فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر.

الفصل الثاني: أنه إذا باع المعيب ثم أراد أخذ أرشه، فظاهر كـلام الخرقي أنـه لا أرش له سواء باعه عالماً بعيبـه أو غير عـالم. وهذا مـذهب أبي حنيفة والشـافعي لأن امتناع الـرد كان بفعله. فأشبه ما لو أتلف المبيع ولأنه قد استدرك ظـلامته ببيعـه فلم يكن له أرش، كـما لو زال العيب. وقال القاضي: إن باعه مع علمه بالعيب فلا أرش له، لرضاه به معيباً، وإن باعـه غير عالم بالعيب فله الأرش. نص عليه أحمد لأن البائع لم يوفه مـا أوجبه لـه العقد، ولم يـوجد منـه الرضا به ناقصاً. فكان لـه الرجـوع عليه كـما لو أعتقـه. وقياس المـذهب: أن له الأرش بكـل حال، سواء باعه عالماً بعيبه أو جاهلاً به. لأننا خيرنـاه ابتداء بـين رده وإمساكـه وأخذ الأرش، فبيعه والتصرف فيه بمنـزلة إمسـاكه، ولأن الأرش عـوض الجزء الفـائت من المبيع، فلم يسقط ببيعه، ولا رضاه كما لو باعه عشرة أقفزة وسلم إليه تسعة فباعها المشتري، وقولهم: إنه استدرك ظلامته لا يصح، فإن ظلامته من البائع ولم يستدركها منه، وإنما ظلم المشـتري فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له، وهذا هو الصحيح من قول مالك، وذكر أبو الخـطاب عن أحمد في رجـوع بائع المعيب الأرش روايتين، من غير تفريق بين علم البـائع بـالعيب وجهله به، وعـلى قول من قـال لا يستحق الأرش فإذا علم بـه المشتري الثـاني فرده بـه، أو أخذ أرشـه منـه فللأول أخـذ أرشه، وهو قول الشافعي إذا امتنع على المشـتري الثاني رده بعيب حـدث عنده لأنـه لم يستدرك ظلامته. وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما ذكـرناه فيما تقدم.

الفصل الثالث: إذا باع المشتري بعض المعيب ثم ظهر على عيب. فله الأرش لما بقي في يده من المبيع، وفي الأرش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا بـاع الجميع وإن أراد رد البـاقي بحصته من الثمن، فالذي ذكره الخرقي ههنا أن له ذلك. وقد نص عليه أحمد، والصحيح أنـه إن كـان المبيع عينـاً واحدة أو عينـين ينقصهما التفـريق، كمشراعي باب وزوجي خف: أنـه لا يملك الرد. لما فيه من الضرر على البـائع بنقص القيمـة أو ضرر الشركة، وامتنـاع الانتفاع بهـا على الكمال، كإباحة الوطء والاستخدام وبها قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب

الرأي، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق. أنه لا يجوز رد إحداهما دون الأخرى. لما فيه من الضرر؛ وفيما لو اشترى معيباً فتعيب عنده أنه لا يملك رده إلا أن يرد أرش العيب الحادث عنده فلا يجوز أن يرده في مسألتنا معيباً بعيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء إلا أن يكون الخرقي أراد ما إذا دلس البائع العيب. فإن ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب على ما ذكرنا فيما مضى. وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فباع إحداهما ثم وجد بالأخرى عيباً أو علم أنهما كانتا معيبتين فهل له رد الباقية في ملكه؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة. وقال القاضي المسألة مبنية على تفريق الصفقة، سواء كان المبيع عيناً واحدة أو عينين. والتفصيل الذي ذكرنا أولى.

فصل: وإن اشتر عينين فوجد بإحداهما عيباً، وكانا مما لا ينقصهما التفريق، أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه، فليس له إلا ردهما جميعاً، أو إمساكهما وأخذ الأرش، وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان:

إحداهما: ليس له إلا ردهما أو أخذ الأرش مع إمساكهما، وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض، لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري، فلم يكن له ذلك، كما لو كانا مما ينقصه التفريق.

والثانية: له رد المعيب وإمساك الصحيح، وهذا قول الحارث العكلي والأوزاعي وإسحاق، وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض، لأنه رد المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع، فجاز كما لو رد الجميع، وفارق ما ينقص بالتفريق فإن فيه ضرراً، وإن تلف أحد المبيعين أو تعيب أو وجد بالآخر أو بهما عيباً فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف، وإن اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته، لأنه بمنزلة الغارم، لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب، فأما إن كان المبيعان باقيين معيبين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده فأراد رد أحدهما دون الآخر. فقال القاضي: ليس له ذلك، ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما والقياس: أنها كالتي قبلها، إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الرد فيما إذا كانا معيبين لمنع منه إذا كان صحيحاً.

فصل: إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً أو اشترطا الخيار فرضي أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى.

إحداهما: لمن لم يرض الفسخ. وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد. وهو إحدى الروايتين عن مالك.

والأخرى: لا يجوز له رده، وهو قول أبي حنيفة وأبو ثور، لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص[1] فإذا رده مشتركاً رده ناقصاً، أشبه ما لو تعيب عنده، ووجه الأولى: أنه رد جميع ما ملكه بالعقد، فجاز كما لو انفرد بشرائه، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع، لأنه باع كل واحد منهما نصفها، فخرجت عن ملك البائع مشقصة، بخلاف العيب الحادث.

فصل: وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد. لأنه لو رد وحدة تشقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك، وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مشقصة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقصاً، بخلاف المسألة التي قبلها، فإن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً، فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه، وههنا بخلافه.

فصل: ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيباً فله رده عليهما. فإن كان أحدهما غائباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم. ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر، فالحكم كذلك، سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل، نص أحمد على قريب من هذا، فإن أراد رد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر جاز، لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص، لأن المبيع كان مشقصاً قبل البيع.

فصل: فإن اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيباً فله رده. وليس له أخذ الأرش لإفضائه إلى التفاضل فيما يجب التماثل فيه. فإن حدث به عيب عند المشتري، فعلى إحدى الروايتين: يرده ويرد أرش العيب الحادث عنده ويأخذ ثمنه، وقال القاضي: لا يجوز له رده لإفضائه إلى التفاضل. فلا يصح. لأن الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة. وإنما يدفع الأرش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه في ملك صاحبه من غير بيع، وكما لو فسخ الحاكم عليه.

وعلى الرواية الأخرى: يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن، ويطالب بقيمة الحلي. لأنه لم يمكن إهمال العيب ولا أخذ الأرش. ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين. وإن تلف الحلي فإنه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن. فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ وعندي: أن الحاكم إذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه. كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على الرواية الأخرى، وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز. وليس في رده ورد أرشه تفاضل. لأن المعاوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل. وإنما هذا الأرش بمنزلة أرش الجناية

(١) أي غير متجزىء.

عليه لأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى إلى التفاضل. لأن قيمته عوض عنه. فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ قيمته من غير جنسه، ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه، لئلا يفضي إلى التفاضل. والحكم فيه على ما ذكرنا في الحلي بالدراهم.

مسألة: قال: (وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الأرش).

وجملته: أنه إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب فله الأرش. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة: لا أرش له. لأنه زال ملكه بفعل مضمون. أشبه البيع.

ولنا: إنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه. فكان له الأرش كما لو أعتقه. والبيع لنا فيه منع. ومع تسليمه فإنه استدرك ظلامته فيه. وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان:

إحداهما: أنها كالبيع. لأنه لم ييأس من إمكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب إليه.

والثانية: له الأرش. وهي أولى. ولم يذكر القاضي غيرها. لأن ما استدرك ظلامته فأشبه ما لو وقفه، وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا. بدليل ما قبل الهبة. وإن أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بأرشه. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء. لأنه أهلك العين. فأشبه ما لو قتل العبد.

ولنا: إنه ما استدرك ظلامته ولا رضي بالعيب فلم يسقط حقه من الأرض كما لو تلف بفعل الله تعالى.

فصل: وإن فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخرقي: أنه لا أرش له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. وهو قياس قول القاضي. لقوله فيمن باع المعيب عالماً بعيبه: ليس له أرش. لأنه رضي به معيباً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه. وقياس المذهب: أن له الأرش. لأن له إمساك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه. ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد. فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه. ولأن الأرش عوض الجزء الفائت بالعيب. فلم يسقط بتصرفه فيما سواه؛ كما لو باعه عشرة أقفزة فأقبضه تسعة فتصرف فيها.

فصل: فإن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيباً وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: وكان الحسن وشريح وعبدالله بن الحسن

وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي يقولون: إذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم فيه خلافاً. فأما الأرش فقال ابن أبي موسى: لا يستحقه أيضاً. وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرض، قال أحمد: أنا أقول: إذا استخدم العبد وأراد نقصان العيب فله ذلك فأما إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده. لأن اللبن له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده، وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها أو ليسقيها أو ليردها على بائعها. وإن استخدم الأمة ليختبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره. لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط، وإن استخدمها لغير ذلك استخداماً كثيراً بطل رده فإن كانت يسيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار. قيل لأحمد: إن هؤلاء يقولون: إذا اشترى عبداً فوجده معيباً فاستخدمه بأن يقول: ناولني هذا الثوب، يعني بطل خياره. فأنكر ذلك وقال: من قال هذا؟ أو من أين أخذوا هذا؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين. وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان. وكذلك يخرج ههنا.

فصل: وإن أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه. فإن أخذه ثم قدر على العبد فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري. فهل يملك رده ورد أرش العيب الحادث عنده والأرش الذي أخذه؟ على روايتين وإن كان آبقاً فله رده ورد ما أخذه من الأرش وأخذ ثمنه، وقال الثوري والشافعي: ليس للمشتري أخذ أرشه، سواء قدر على رده أو عجز عنه، إلا أن يهلك. لأنه لم ييأس من رده. فهو كما لو باعه.

ولنا: إنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه. فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له. وعن أحمد رواية أخرى: أنه يجعله في الرقاب، وهو قول الشافعي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله، فلا يرجع إليه شيء من بدلها.

ولنا: إن العتق إنما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولأن الأرش ليس بدلاً عن العبد إنما هو جزء من الثمن جعل مقابلاً للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن. فكأنه لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام أحمد في الرواية الأخرى يحمل على استحباب ذلك لا على وجوبه قال القاضي: إنما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته. لأنه إذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع إليه بشيء من بدلها، كالمكاتب إذا أدى من كتابته شيئاً.

ولنا: إنه أرش عبد أعتقه. فكان له كما لو تبرع بعتقه.

مسألة: قال: (فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده، حلف المشتري، وكان له الرد أو الأرش).

وجملة ذلك: أن المتبايعين إذا اختلفا في العيب: هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري؟ لم يخل من قسمين:

أحدهما: أن لا يحتمل إلا قول أحدهما. كالإصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها، والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً. فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لأننا نعلم صدقه وكذب خصمه. فلا حاجة إلى استحلافه.

والثاني: أن يحتمل قول كل واحد منهما، كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان:

إحداهما: القول قول المشتري. فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده. ويكون له الخيار. لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه. فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع.

والثانية: القول قول البائع مع يمينه. فيحلف على حسب جوابه، إن أجاب أنني بعته بريئاً من العيب حلف على ذلك، وإن أجاب بأنه لا يستحق على ما يدعيه من الرد حلف على ذلك، ويمينه على البت لا على نفي العلم، لأن الأيمان كلها على البت، لا على نفي فعل الغير وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد، ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره، والقول قول المنكر.

فصل: وإذا باع لوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل، لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له، فإن كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل، فقال أبو الخطاب: يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه أمر يستحق به الرد، فيقبل إقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط. وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي: لا يقبل إقرار الوكيل بذلك، وهو أصح. لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي فإذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل، لأنه رده بإقراره وهو غير مقبول على غيره، ذكره القاضي فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله، فهل له رده على الموكل؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له رده، لأن ذلك يجري مجرى إقراره.

والثاني: له رده، لأنه يرجع إليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به بينة.

فصل: ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري: إنما هي ثيب، أريت النساء الثقات، ويقبل قول امرأة ثقة، فإن وطئها المشتري وقال: ما أصبتها بكراً خرج فيه وجهان، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث.

فصل: وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها، فأنكر البائع كونها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه. وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي، ونحوه قال الأوزاعي. فإنه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ثم رجع بدرهم. فقال الصيرفي: ليس هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتكه ويبرأ. لأن البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر لاستحقاق الفسخ. والقول قول المنكر. فأما إن جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلعته. فحكى ابن المنذر عن أحمد: أن القول قول المشتري. وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي. لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد، والرد بالعيب بخلافه.

مسألة: قال: (وإذا اشترى شيئاً مأكوله في جوفه، فكسره فوجده فاسداً. فإن لم يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع. وإن كان لمكسوره قيمة، كجوز الهند، فهو مخير في الرد وأخذ الثمن. وعليه أرش الكسر، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيبه).

ـ وجملة ذلك: أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره، كالبطيخ والرمان والجوز والبيض وكسره فبان عيبه. ففيه روايتان:

إحداهما: لا يرجع على البائع بشيء. وهو مذهب مالك، لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط، لعدم معرفته بعيبه، وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره، فجرى مجرى البراءة من العيوب.

والثانية: يرجع عليه، وهي ظاهر المذهب، وقول أبي حنيفة والشافعي، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري فإذا بان معيباً ثبت له الخيار. ولأن البائع إنما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح، لأنه لم يملكه صحيحاً، فلا معنى لإيجاب الثمن كله، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه، بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد.

إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الخرب والبطيخ التالف رجع بالثمن كله، لأن هذا تبين به فساد العقد من أصله، لكونه وقع على ما لا نفع فيه. ولا يصح بيع ما لا نفع فيه كالحشرات والميتات، وليس عليه أن يرد المبيع إلى البائع، لأنه لا فائدة فيه.

الثاني: أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض النعام والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه، فإذا كسره نظرت «فإن كان كسراً لا يمكن استعلام المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن. وبين أخذ أرش عيبه، وهو قسط ما بين صحيحه ومعيبه. وهذا ظاهر كلام الخرقي. وقال القاضي: عندي لا أرش عليه لكسره. لأن ذلك حصل بطريق استعلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فساده بغير ذلك. وهذا قول الشافعي. ووجه قول الخرقي: أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة إذا حلبها والبكر إذا وطئها. وبهذين الأصلين يبطل ما ذكره. فإنه لاستعلام العيب. والبائع سلطه عليه. بل ههنا أولى. لأنه تدليس من البائع، والتصرية حصلت بتدليسه إن كان كسراً يمكن استعلام المبيع بدونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية. فالحكم فيه كالذي قبله في قول الخرقي، وهو قول القاضي أيضاً. والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهو إحدى الروايتين عن أحمد، والرواية الثانية: ليس له رده وله أرش العيب، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم وإنْ كسره كسراً لا يبقى له قيمة، فله أرش العيب لا غير لأنه أتلفه وقدر أرش العيب: قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً غير مكسور، فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه.

فصل: ولو اشترى ثوباً فنشره فوجده معيباً. فإن كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالهسنجاني الذي يطوي طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استعلام المبيع أو زاد. كنشر من لا يعرف. وإن أحب أخذ أرشه فله ذلك بكل حال.

فصل: إذا اشترى ثوباً فصبغه ثم ظهر على عيب فله أرشه لا غير. وبهذا قال أبو حنيفة. وعن أحمد: أن له رده وأخذ زيادته بالصبغ. لأنها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب. والأول أولى. لأن هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات. وفارق السمن والكسب. فإنه لا يأخذ عن السمن عوضاً والكسب للمشتري لا يرده ولا يعاوض عنه. وإن قال البائع: أنا آخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك. وقال الشافعي: ليس للمشتري إلا رده. لأنه أمكنه رده فلم يملك أخذ الأرش، كما لو سمن عبده أو كسب.

ولنا: إنه لا يمكنه رده إلا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الأرش بامتناعه من رده، كما لو تعيب عنده وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث. والأصل لا نسلمه. فإنه يستحق أخذ الأرش إذا أراده بكل حال.

فصل: يصح بيع العبد الجاني، سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ على النفس وما دونها، موجبة للقصاص أو غير موجبة له، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه. وقال في

الآخر: لا يصح بيعه. لأنه تعلق برقبته حق آدمي فمنع صحة بيعه كالرهن، بل حق الجناية آكد. لأنها تقدم على حق المرتهن.

ولنا: إنه حق غير مستقر في الجاني يملك أداءه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة، أو حق يثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه، كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالعتق. وإن كان الحق قصاصاً فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه. فأشبه المريض. أما الرهن فإن الحق متعين فيه لا يملك سيده إبداله، ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين. فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره.

إذا ثبت هذا فمتى باعه وكانت الجناية موجبة للمال أو القود فعفي عنه إلى مال فعلى السيد فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه. لأن للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه. فإن باعه تعين عليه فداؤه لإخراج العبد من ملكه. ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه، إذ الرجوع على غيره. هذا إذا كان السيد موسراً. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يلزم السيد فداؤه. لأن أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك، كما لو قال الراهن: أنا أقضي الدين من الرهن.

ولنا: إنه زال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه. كما لو قتله، بخلاف الرهن. وبهذا قال أبو حنيفة، وإن كان البائع معسراً لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني. لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه، ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر، فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدماً على حق المشتري وللمشتري خيار الفسخ إن كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته فإن فسخ رجع بالثمن وإن لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فأخذ بها رجع المشتري بالثمن أيضاً لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه وإن كانت غير مستوعبة لرقبته رجع بقدر أرشه. وإن كان عالماً بعيبه راضياً بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لأنه اشترى معيباً عالماً بعيبه. فإن اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه. فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فللمشتري الخيار بين الرد وأخذ الأرش. فإن اقتص منه تعين الأرش، وهو قسط قيمته ما بينه جانياً وغير جان، ولا يبطل البيع من أصله وبهذا قال أصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة والشافعي: يرجع بجميع الثمن، لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فجرى مجرى إتلافه إياه.

ولنا: إنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن، كما لو كان مريضاً مات بدائه، أو مرتداً فقتل بردته، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه، ولا يصح قياسهم على إتلافه، لأنه لم يتلفه فما اشتركا في المقتضي، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده

فقطعت عند المشتري فقد تعيب في يده، لأن استحقاق القطع دون حقيقته، فهل يمنع ذلك رده بعيبه؟ على روايتين، ومتى اشتراه عالماً بعيبه لم يكن له رده ولا أرش كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعي.

فصل: وحكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه. فإن قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الإسلام. وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه. فإن لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لأنه عبد قن يصح إعتاقه ويملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله ويعتقه فينجر به ولاء أولاده. فجاز بيعه كالمريض المأيوس من برئه، وقال القاضي: لا يصح بيعه، لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته، وحرم إبقاؤه فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلاً للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد بثق أو إطعام كلب والأول أصلح فإنه كان محلاً للبيع، والأصل بقاء ذلك فيه، وانحتام إتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تثبت أحكام الموتى له من إرث ماله ونفوذ وصيته وغيرها، ولأن خروجه عن حكم الأصل لا يثبت إلا بدليل، ولا نص في هذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات، لأن تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الإقرار وإن كان ثبت به، أو رجوع البنية، ولو لم يمكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه وبيعه جائز.

مسألة: قال: (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع إذا كان قصده للعبد لا للمال).

وجملة ذلك: أن السيد إذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به. فهو للبائع. لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» رواه مسلم وأبو داود وابن ماجة. ولأن العبد وماله للبائع. فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما. وإن اشترطه المبتاع كان له للخبر. وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وقضى به شريح. وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي وإسحاق، قال الخرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال. هذا منصوص أحمد. وهو قول الشافعي وأبي ثور وعثمان البتي. ومعناه: أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد إنما يقصد بقاء المال لعبده وإقراره في يده. فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر. قال الفتى: إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم

فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم وذلك لأنه دخل في البيع تبعاً غير مقصود. فأشبه أساسات الحيطان والتمويه بالذهب في السقوف. فأما إن كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين. لأنه مبيع مقصود. فأشبه ما لو ضم إلى العبد عيناً أخرى وباعهما. وقال القاضي: هذا ينبني على كون العبد يملك أو لا يملك. فإن قلنا: لا يملك فاشترط المشتري ما له صار مبيعاً معه، فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات. وهذا مذهب أبي حنيفة. وإن قلنا: يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل. لأنه تبع في البيع لا أصل. فأشبه طي الآبار وهذا خلاف نص أحمد وقول الخرقي. لأنهما جعلا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره. وهو أصح إن شاء الله تعالى. واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا، كاللبن في ضرع الشاة المبيعة والحمل في بطنها والصوف على ظهرها، وأشباه ذلك. فإنه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا. وقد قيل: إن المال ليس بمبيع ههنا. وإنما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه إلى البائع وهو قريب من الأول.

فصل: وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بعيب، أو خيار أو إقالة رد ماله معه، وقال داود: يرد العبد دون ماله. لأن ماله لم يدخل في البيع. فأشبه النماء الحادث عنده.

ولنا: إنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد. ولأن العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه. فإن تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري، هل يمنع الرد؟ على روايتين، فإن قلنا: يرده فعليه قيمة ما أتلف، قال أحمد: في رجل اشترى أمة معها قناع، فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع: غرم قيمته بصحته من الثمن.

فصل: وما كان على العبد أو الجارية من الحلي فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا. فأما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري وإن كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئاً يزينه به فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع. يعني أن الثياب التي يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل في البيع دون الثياب التي يتجمل بها. لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه. ولأنها تتعلق بها مصلحته وحاجته إذ لا غناء له عنها، فجرت مجرى مفاتيح الدار، بخلاف ثياب الجمال فإنها زيادة على العادة ولا تتعلق بها حاجة العبد. وإنما يلبسها إياه لينفقه بها. وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد، ولم تجر العادة بالمسامحة فيها، فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركبه عليها مع دخولها في الخبر وبقائها على الأصل. وقال ابن عمر: «من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها، إلا أن يشترطه الذي باعها» وبه قال الحسن والنخعي.

ولنا: الخبر الذي رواه ابن عمر، ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولا جرت العادة ببيعها معه. أشبه سائر مال البائع. ولأنه زينة للمبيع. فأشبه ما لو زين الدار ببساط أو ستر.

فصل: ولا يملك العبد شيئاً إذا لم يملكه سيده في قول عامة أهل العلم. وقال أهل الظاهر: يملك لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾ [البقرة: ٢٩] وقول النبي ﷺ: «من باع عبداً وله مال» فأضاف المال إليه بلام التمليك.

ولنا: قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَّمْلُوكاً لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] ولأن سيده يملك عينه ومنافعه. فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده كبهيمته. فأما إن ملكه سيده شيئاً ففيه روايتان.

إحداهما: لا يملكه، وهو ظاهر قول الخرقي. فإنه قال: والسيد يزكي عما في يد عبده لأنه مالكه، وقال: والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه. وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة والثوري وإسحاق والشافعي في الجديد. لأنه مملوك فلم يملك كالبهيمة.

والثانية: يملك. وهي أصح عندي. وهو قول مالك والشافعي في القديم للآية والخبر. ولأنه آدمي حي فملك كالحر. ولأنه يملك في النكاح فملك في المال كالحر. ولأنه يصح الإقرار له. فأشبه الحر، وما ذكروه تعليل بالمانع. ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الأصل. ولم يوجد في البهيمة ما يقتضي ثبوت الملك لها. وإنما انتفى ملكها لعدم المقتضي له لا لكونها مملوكة. وكونها مملوكة عديم الأثر. فإن سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود والوحوش لا تملك، وكذلك الجمادات. وإذا بطل كون ما ذكروه مانعاً، وقد تحقق المقتضي، لزم ثبوت حكمه. والله أعلم.

مسألة: قال: (ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به).

وجملة ذلك: أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يجز في قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي. وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي. وأجازه الشافعي. لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها، فجاز من بائعها، كما لو باعها بمثل ثمنها.

ولنا: ما روى غندر عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أيفع بن شرحبيل أنها قالت: «دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء. ثم اشتريته منه بستمائة درهم. فقالت لها: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت. أبلغي زيد بن أرقم

أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ، إلا أن يتوب» رواه الإمام أحمد وسعيد بن منصور. والظاهر: أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله ﷺ. فجرى مجرى روايتها ذلك عنه. ولأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بخمسمائة إلى أجل معلوم. وكذلك روي عن ابن عباس في مثل هذه المسألة أنه قال: «أرى مائة بخمسين بينهما حريرة» يعني خرقة حرير جعلاها في بيعهما، والذرائع معتبرة لما قدمناه فأما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز. لأنه لا يكون ذريعة. وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع. فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي صناعة، أو تخرق الثوب أو بلي جاز له شراؤها بما شاء. لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا. وإن نقص سعرها أو زاد لذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها. نص أحمد على هذا كله.

فصل: وإن اشتراها بعرض أو كان بيعها الأول بعرض فاشتراها بنقد جاز. وبه قال أبو حنيفة. ولا نعلم فيه خلافاً. لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا. ولا ربا بين الأثمان والعروض. فأما إن باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر مثل أن يبيعها بمائتي درهم ثم اشتراها بعشرة دنانير، فقال أصحابنا: يجوز لأنهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما. فجاز، كما لو اشتراها بعرض أو بمثل الثمن. وقال أبو حنيفة: لا يجوز استحساناً. لأنهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية. ولأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا. فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول. وهذا أصح. إن شاء الله تعالى.

فصل: وهذه المسألة تسمى مسألة العينة. قال الشاعر:

أندان أم نعتان أم ينبري لنا ... فتى مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله: «نعتان» أي نشتري عينة مثل ما وصفنا. وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر» ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم» وهذا وعيد يدل على التحريم. وقد روي عن أحمد أنه قال: العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة. فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس. وقال: أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد. وقال ابن عقيل: إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا. فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل. ويجوز أن تكون العينة اسماً لهذه المسألة وللبيع بنسيئة جميعاً. لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقاً. ولا يكره إلا أن لا يكون له تجارة غيره.

فصل: وإن باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة، فقال أحمد في رواية حرب: لا يجوز ذلك إلا أن يغير السلعة. لأن ذلك يتخذه وسيلة إلى الربا. فأشبه مسألة العينة. فإن

اشتراها بنقد آخر أو بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها نسيئة جاز. لما ذكرناه في مسألة العينة. ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة أو حيلة فلا يجوز. وإن وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد جاز. لأن الأصل حل البيع، وإنما حرم في مسألة العينة بالأثر الوارد فيه. وليس هذا في معناه. ولأن التوسل بذلك أكثر. فلا يلتحق به ما دونه. والله أعلم.

فصل: وفي كل موضع قلنا: لا يجوز له أن يشتري. لا يجوز ذلك لوكيله، لأنه قائم مقامه. ويجوز لغيره من الناس، سواء كان أباه أو ابنه أو غيرهما. لأنه غير البائع ويشتري لنفسه. فأشبه الأجنبي.

فصل: ومن باع طعاماً إلى أجل، فلما حل الأجل أخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاماً قبل قبضه لم يجز. روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك وإسحاق. وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال علي بن حسين: إذا لم يكن لك في ذلك رأي. وروي عن محمد بن عبدالله بن أبي مريم أنه قال: «بعت تمراً من التمارين كل سبعة آصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمراً يبيعه أربعة آصع بدرهم، فاشتريت منه، فسألت عكرمة عن ذلك؟ فقال: لا بأس أخذت أنقص مما بعت، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة. فقال: كذب» قال عبدالله بن عباس: «ما بعت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئاً مما يكال بمكيال إلا ورقاً أو ذهباً. فإذا أخذت ورقك فابتع ممن شئت منه أو من غيره. فرجعت فإذا عكرمة قد طلبني، فقال: الذي قلت لك هو حلال: هو حرام، فقلت لسعيد بن المسيب: إن فضل لي عنده فضل؟ قال: فأعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم» ووجه ذلك: أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسألة العينة، فعلى هذا كل شيئين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء. نص أحمد على ما يدل على هذا. وكذلك قال سعيد بن المسيب فيما حكينا عنه. والذي يقوي عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما يروي عنه عبدالله بن زيد قال: «قدمت على علي بن الحسين فقلت له: إني أجذ نخلي وأبيع ممن حضرني التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الأجل فيوقفونها بالسوق، فأبتاع منهم وأقاصهم؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأي» وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد انبرامه العقد أول لزومه. فصح كما لو كان المبيع الأول حيواناً أو ثياباً، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا: فإنه لم يأخذ بالثمن طعاماً. ولكن اشترى من المشتري طعاماً بدراهم وسلمها إليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها إليه لكن قاصه بها كما في حديث علي بن الحسين.

مسألة: قال: (ومن باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ سواء علم به البائع أو لم يعلم).

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب. فروي عنه: أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب. وهو قول الشافعي، وقال إبراهيم والحكم وحماد: لا يبرأ إلا مما سمى، وقال شريح: لا يبرأ إلا مما أراه أو وضع يده عليه. وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن وإسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار.

والرواية الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه. ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت. وهو قول مالك، وقول الشافعي في الحيوان خاصة. لما روي أن عبدالله بن عمر: «باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم. فأصاب به زيد عيباً. فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله. فترافعا إلى عثمان. فقال عثمان لابن عمر: تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم» وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعاً، وروي عن أحمد: أنه أجاز البراءة من المجهول. فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب. وروي هذا عن ابن عمر. وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي. لما روت أم سلمة «أن رجلين اختصما في مواريث درست إلى رسول الله ﷺ. فقال رسول الله ﷺ: استهما وتوخيا. وليحلل كل واحد منكما صاحبه» فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه. فصح من المجهول كالعتاق. والطلاق. ولا فرق بين الحيوان وغيره. فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة.

فصل: فإن قلنا: لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب. وهو وجه لأصحاب الشافعي. لأن ابن عمر باع بشرط البراءة، فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر. فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط. ويكون وجوده كعدمه. وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان:

إحداهما: أنها تفسد العقد فيدخل فيها هذا البيع. لأن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط، فإذا فسد الشرط فات الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي به.

مسألة: قال: (ومن باع شيئاً مرابحة. فعلم أنه زاد في رأس ماله رجع عليه بالزيادة، وحطها من الربح).

معنى بيع المرابحة: هو البيع برأس المال وربح معلوم، ويشترط علمهما برأس المال. فيقول: رأس مالي فيه، أو هو عليّ بمائة بعتك بها وربح عشرة، فهذا جائز لا خلاف في

صحته. ولا نعلم فيه عند أحد كراهة. وإن قال: بعتك برأس مالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة درهماً، أو قال: ده يا زده أو ده دا وزده فقد كرهه أحمد. وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار، وقال إسحاق: لا يجوز. لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب. ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر. ولأن رأس المال معلوم والربح معلوم. فأشبه ما لو قال: وربح عشرة دراهم. ووجه الكراهة: أن ابن عمر وابن عباس كرهاه. ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً. ولأن فيه نوعاً من الجهالة والتحرز عنها أولى. وهذه كراهة تنزيه. والبيع صحيح، لما ذكرنا. والجهالة يمكن إزالتها بالحساب، فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل.

إذا ثبت هذا: عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول: متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبيه أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح. لأن زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب. وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال، وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم. فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهماً. وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى. وهو أحد قولي الشافعي. وقال أبو حنيفة: هو مخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب.

ولنا: إنه باعه برأس المال وما قدره من الربح. فإذا بان رأس ماله قدراً مبيعاً به وبالزيادة التي اتفقا عليها والمعيب كذلك عندنا. فإن له أخذ الأرش ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور. وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر. وهل للمشتري خيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح، وبين تركه. نقله حنبل. وحكي ذلك قولاً للشافعي. لأن المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضاً. ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفاً أو وكيلاً أو غير ذلك. وظاهر كلام الخرقي: أنه لا خيار له. لأنه لم يذكره. وحكي ذلك قولاً للشافعي. لأنه رضيه بمائة وعشرة. فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً. فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً، أو أمي فبان صانعاً أو كاتباً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين. وأما البائع فلا خيار له. لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك.

فصل: وإذا أراد الإخبار بثمن السلعة فإن كانت بحالها لم تتغير أخبر بثمنها وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه، ويخبر بالثمن الأول. لا غير. ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة:

يلحق بالعقد ويخبر به في المرابحة، وهذه مسألة يأتي ذكرها إن شاء تعالى، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به في الثمن. وبه قال الشافعي وأبو حنيفة. ولا أعلم عن غيرهم خلافهم. فإن تغير سعرها دونها. فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك لأنه زيادة فيها. وإن رخصت فنص أحمد: على أنه لا يلزمه الإخبار بذلك. لأنه صادق بدون الإخبار به. ويحتمل أن يلزمه الإخبار بالحال. فإن المشتري لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانه تغرير به. فإن أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز. لأنه يجمع بين الكذب والتغرير.

فصل: فأما إذا تغيرت السلعة فذلك على ضربين.

أحدهما: أن تتغير بزيادة. وهي نوعان:

أحدهما: أن تزيد لنمائها كالسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب. فهذا إذا أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة. لأنه القدر الذي اشتراها به. وإن أخذ النماء المنفصل، أو استخدم الأمة أو وطىء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبيين الحال. وروى ابن المنذر عن أحمد: أنه يلزمه تبيين ذلك كله. وهو قول إسحاق، وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها. لا بأس أن يبيع مرابحة وفي الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين ولأنه من موجب العقد.

ولنا: إنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشتري فجاز، كما لو لم يزد ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة. وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد.

النوع الثاني: أن يعمل فيها عملاً، مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجعلها أو يخيطها، فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه، سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله، هذا ظاهر كلام أحمد، فإنه قال: يبين ما اشتراه وما لزمه، ولا يجوز أن يقول: تحصلت عليّ بكذا، وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعي والأوزاعي وأبو ثور، ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الأجرة إلى الثمن، ويقول: تحصلت عليّ بكذا، لأنه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي.

ولنا: إنه تغرير بالمشتري، فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المبتاع في خزنه.

الضرب الثاني: أن يتغير بنقص كنقصه بمرض أو جناية عليه، أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب، أو يأخذ المشتري بعضه، كالصوف واللبن الموجود ونحوه، فإنه يخبر بالحال على وجهه لا

نعلم فيه خلافاً، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه، ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي، لأن أرش العيب عوض ما فات به، فكان ثمن الموجود هو ما بقي، وفي أرش الجناية وجهان:

أحدهما: يحطه من الثمن كأرش العيب.

والثاني: لا يحطه كالنماء، وقال الشافعي: يحطها من الثمن ويقول: تقوم عليّ بكذا، لأنه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه.

ولنا: إن الاخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق، وأقرب إلى البيان ونفي التغرير بالمشتري والتدليس عليه. فلزمه ذلك، كما لو اشترى شيئين بثمن واحد وقسط الثمن عليهما، وقياس أرش الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح. لأن الأرش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه فأما إن جنى المبيع ففداه المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه، لأن هذا الأرش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتاً، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري، فأما الأدوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجرة، فإنه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن.

فصل: وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذي أداه فيه فذلك قسمان:

أحدهما: أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالاجزاء، كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا. فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه. نص عليه أحمد. فقال: كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مرابحة إلا أن يقول: اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه. وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال الشافعي: يجوز بيعه بحصته من الثمن. لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته بدليل ما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً أخذ الشفيع المشقص بحصته من الثمن. ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيباً رده بحصته من الثمن. وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد: أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه. لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به.

ولنا: إن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير، وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه. فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن، لا يجوز أن يباع به ما

يجب التماثل فيه. وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه، وكونه لا طريق له سوى التقويم. ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقاً لإسقاطها. فيؤدي إلى تفويتها بالكلية. وههنا له طريق. وهو الإخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة.

القسم الثاني: أن يكون المبيع من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالبر والشعير المتساوي فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن. وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافاً. لأن ثمن الجزء معلوم يقيناً. ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة. وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة وأراد بيع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن فالقياس جوازه. لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة. وكذلك لو أقاله في أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما. فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً. ولأن الثمن وقع عليهما متساوياً لتساوي صفتهما في الذمة. فهما كقفيزين من صبرة. وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع.

فصل: وإن اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك. وإن اشتراه من أبيه أو ابنه أو ممن لا تقبل شهادته له لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد: يجوز من غير بيان. لأنه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحاً. فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي.

ولنا: إنه متهم في الشراء منهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم. فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه. وفارق الأجنبي. فإنه لا يتهم في حقه. وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه. فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مرابحة حتى يبين أمره. ولا نعلم فيه خلافاً. وإن اشتراه من غلام دكانه الحر، فقال القاضي: إذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره. ولا نعلم فيه خلافاً. ولأنه متهم في حقه. فأشبه من لا تقبل شهادته له. وقال أبو خطاب: إن فعل ذلك حيلة لم يجز. وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة. وهذا أصح. لأنه أجنبي لكن لا يختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز، وكان حراماً وتدليساً على ما ذكرنا من قبل.

فصل: فإن اشترى ثوباً بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه. فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز. وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد. لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة ولا تغرير بالمشتري. فأشبه ما لو لم يربح فيه. وروي عن ابن سيرين: أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وأعجب أحمد قول ابن سيرين. قال: فإن باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني يخبر أنه ربح فيه مرة ثم اشتراه. وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعه مرابحة إلا أن

يبين أمره، أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وهذا قول القاضي وأصحابه. لأن المرابحة تضم فيها العقود، فيخبر بما تقوم عليه، كما تضم أجرة الخياط والقصار. وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول. لأنه أمن أن يرده عليه ولأن الربح أحد نوعي النماء. فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة. فعلى هذا ينبغي أنه إذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول: تقوم عليّ بخمسة. ولا يجوز أن يقول: اشتريته بخمسة. لأن ذلك كذب والكذب حرام، ويصير كما لو ضم أجرة القصارة الخياطة إلى الثمن وأخبر به.

ولنا: ما ذكرناه فيما تقدم. وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه ثم لا يشبه هذا ما ذكره لأن المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي يلي المرابحة. وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه. وأما تقرير الربح فغير صحيح. فإن العقد الأول قد لزم ولم يظهر العيب. ولم يتعلق به حكمه. ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن للمشتري أن يرده على البائع إذا ظهر على عيب قديم. وإذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فههنا أولى ويجيء على هذا القول: أنه، لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة، فإنه يخبر أنها حصلت بغير شيء. وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين. وإن اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر. نص أحمد على نظير هذا. وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان. فإن لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها. لأنها ثمن العقد الذي يلي المرابحة. ولو خسر فيها مثل إن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان أخبر به. ولم يجز أن يضم الخسارة إلى الثمن الثاني: فيخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه. وهذا يدل على صحة ما ذكرناه والله أعلم.

فصل: وكل ما قلنا: إنه يلزمه أن يخبر به في المرابحة ويبينه فلم يفعل، فإن البيع لا يفسد به. ويثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به وبين الرد، إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله على ما قدمناه من القول فيه. وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره فعن أحمد: إنه مخير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالاً وبين الفسخ. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. لأن البائع لم يرض بذمة المشتري، وقد تكون ذمته دون ذمة البائع، فلا يلزمه الرضى بذلك، وحكى ابن المنذر عن أحمد: أنه إن كان المبيع قائماً كان له ذلك إلى الأجل، يعني وإن شاء فسخ وإن كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الأجل وهذا قول شريح. لأنه كذلك وقع على البائع، فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته، كما لو أخبر بزيادة على الثمن وكونه لم يرض بذمة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلا بما أخبر به، ولم يلتفت إلى رضاه، بل وجب الرجوع إلى ما وقع به البيع الأول كذا ههنا.

فصل: فإن ابتاعه بدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم، أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر أنه اشتراه بثمن، أو بثمن فأخبر فإنه اشتراه بعرض وأشباه هذا، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع التي ثبت فيها ذلك.

فصل: وإن ابتاع اثنان ثوباً بعشرين أو بذل لهما فيه اثنان وعشرين: فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر، فإنه يخبر في المرابحة بأحد وعشرين نص عليه أحمد، وهذا قول النخعي، وقال الشعبي: يبيعه على اثنين وعشرين، لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم ولا نعلم أحداً خالف ذلك، لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة ثم اشترى نصفه الثاني بأحد عشر، فصار مجموعها أحداً وعشرين.

فصل: قال أحمد: ولا بأس أن يبيع بالرقم، ومعناه: أن يقول: بعتك هذا الثوب برقمه، وهو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوماً لهما حال العقد، وهذا قول عامة الفقهاء، وكرهه طاوس.

ولنا: إنه بيع بثمن معلوم، فأشبه ما لو ذكر مقداره، أو ما لو قال: بعتك هذا بما اشتريته به، وقد علمنا قدره، فإن لم يكن معلوماً لهما أو لأحدهما لم يصح لأن الثمن مجهول، قال أحمد: والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة، وذلك لأن بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري، ويحتاج فيه إلى تبيين الحال على وجهه في المواضع التي ذكرناها، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط، فيكون على خطر وغرر، وتجنب ذلك أسلم وأولى.

فصل: وبيع التولية: هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة، وحكمه في الإخبار بثمنه، وتبيين ما يلزمه تبينه حكم المرابحة في ذلك كله، ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية.

مسألة: قال: (وإن أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري رده أو إعطاؤه ما غلط به. وله أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها بأكثر).

وجملة ذلك: أنه إذا قال في المرابحة: رأس مالي فيه مائة وأربح عشرة، ثم عاد فقال: غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة. لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً. وذكره ابن المنذر عن أحمد وإسحاق. وروى أبو طالب عن أحمد: إذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله، وإن لم يكن صدوقاً جاز البيع. قال القاضي: وظاهر كلام الخرقي: أن القول قول البائع مع يمينه لأنه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه، والقول قول الأمين مع يمينه كالوكيل والمضارب، والظاهر أن الخرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في إثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه، بل لأنه عطفه على المسألة قبلها. وقد ذكر فيها فعلم أنه زاد في رأس المال،

ولم يتعرض لما يحصل به العلم، لكن قد علمنا أن العلم إنما يحصل ببينة أو إقرار. كذلك علم غلطه ههنا يحصل ببينة أو إقرار من المشتري، وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط، كالمضارب والوكيل إذا أقرا بربح ثم قالا: غلطنا أو نسينا. واليمين التي ذكرها الخرقي ههنا إنما هي على نفس علمه بغلط نفسه وقت البيع. لا على إثبات غلطه. وعن أحمد رواية ثالثة: أنه لا يقبل قول البائع وإن أقام به بينة حتى يصدقه المشتري. وهو قول الثوري والشافعي لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير. فلا يقبل رجوعه ولا بينته لإقراره بكذبها.

ولنا: إنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق. فتقبل كسائر البينات. ولا يسلم أنه أقر بخلافها، فإن الإقرار يكون لغير المقر، وحالة إخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره، فلم يكن إقرار. فإن لم تكن بينة أو كانت له بينة وقلنا: لا تقبل بينته فادعى أن المشتري يعلم غلطه فأنكر المشتري فالقول قوله، وإن طلب يمينه فقال القاضي: لا يمين عليه. لأنه مدع واليمين على المدعى عليه. ولأنه قد أقر له فيستغني بالإقرار عن اليمين. والصحيح: أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك. لأنه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة في ثمنها فلزمته اليمين كموضع الوفاق. وليس هو ههنا مدعياً. إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول ثم قال الخرقي: له أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر وهذا صحيح فإنه لو باعها بهذا الثمن عالماً بأن ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه. لأنه تعاطى شيئاً عالماً بالحال. فلزمه كمشتري المعيب عالماً بعيبه. وإذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين. فإن نكل قضي عليه. وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد. ويحتمل أنه إذا باعه بمائة وربح عشرة. ثم إنه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح. لأن البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع. فلا يكون له أكثر منها. وكذلك إن تبين له أنه زاد في رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة. لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة فأما إن قال: وأربح في كل عشرة درهماً أو قال: ده يا زده لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين. وإنما أثبتنا له الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة فإذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب. وإن اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار. لأنه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضيه المشتري. وإن اختار البائع إسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً، لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد وتراضيا به.

فصل: ويجوز بيع المواضعة. وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول: بعتك هذا به وأضع عنك كذا. فإن قال: بوضيعة درهم من كل عشرة كره، لما ذكرنا في المرابحة وصح. ويطرح من كل عشرة درهماً. فإن كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة. وقال قوم: يكون

الحط من كل أحد عشر درهماً. فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم. وهذا غلط. لأن هذا يكون حطاً من كل أحد عشر وهو غير ما قاله. فأما إن قال: بوضيعة درهم لكل عشرة كان الوضيعة من كل أحد عشر درهماً. ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم: وهذا قول أبي حنيفة والشافعي. وحكي عن أبي ثور أنه قال: الحط ههنا عشرة مثل الأولى. وليس بصحيح، فإنه إذا قال: لكل عشرة درهماً يكون الدرهم من غيرها. فكأنه قال: من كل أحد عشر درهماً درهماً. وإذا قال: من كل عشرة درهماً كان الدرهم من العشرة. لأن «من» للتبعيض فكأنه قال: آخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهماً.

فصل: إذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان. لا نعلم فيه خلافاً. لأن الثمن عوض عنها. فيكون بينهما على حسب ملكيهما فيها. وإن باعها مرابحة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه أحمد. وهو قول ابن سيرين والحكم قال الأثرم: قال أبو عبدالله رحمه الله: إذا باعها فالثمن بينهما نصفان. قلت: أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر فقال: وإن ألبس الثوب بينهما الساعة سواء، فالثمن بينهما. لأن كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه. وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى: أن الثمن بينهما على قدر رؤوس أموالهما، لأن بيع المرابحة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال، فيكون مقسوماً بينهما على حسب رؤوس أموالهما. ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر. وقيل هذا وجه خرجه أبو بكر. وليس برواية، والمذهب الأول. لأن الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه. فكان ملكهما كعوضه متساوياً كما لو باعاه مساواة.

فصل: ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه، أو جهلا رأس المال في المرابحة أو المواضعة أو التولية أو جهل ذلك أحدهما أو جهل قدر الربح أو قدر الوضيعة. فالبيع باطل، لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع: فلا يثبت بدونه، ولو باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يصح ويكون نصفين. لأن الإطلاق يقتضي التسوية كالإقرار.

ولنا: إن قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح. كما لو قال: بمائة بعضها ذهب، وقوله: إنه يقتضي التسوية لا يصح. فإنه لو فسره بغير ذلك صح. وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما.

مسألة: قال: (وإذا باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفا. فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع، وإلا انفسخ البيع بينهما. والمبتدىء باليمين البائع).

والكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة:

أحدها: أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع: بعتك بعشرين وقال المشتري: بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها. وإن لم يكن لهما بينة تحالفا. وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية وعنه القول قول المشتري مع يمينه. وبه قال أبو ثور وزفر. لأن البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر. وقال الشعبي: القول قول البائع أو يترادان البيع. وحكاه ابن المنذر عن إمامنا رحمه الله. وروى ابن مسعود عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة. فالقول ما قال البائع، أو يترادان البيع» رواه سعيد وابن ماجة وغيرهما. والمشهور في المذهب الأول، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً، وأن القول قول البائع مع يمينه، فإذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به. وإن أبى حلف أيضاً وفسخ البيع بينهما لأن في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا» ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، فإن البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري. والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين. فشرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكروه.

الفصل الثاني: أن المبتدىء باليمين البائع فيحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين. فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين. وإنما اشتريته بعشرة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبتدىء بيمين المشتري. لأنه منكر. واليمين في جنبته أقوى. ولأنه يقضي بنكوله وينفصل الحكم. وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فالقول ما قال البائع» وفي لفظ: «فالقول ما قال البائع، والمشتري بالخيار» رواه الإمام أحمد. ومعناه: إن شاء أخذ وإن شاء حلف. ولأن البائع أقوى جنبة. لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه. فكان أقوى كصاحب اليد. وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه. والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضي له. فهما سواء.

الفصل الثالث: أنه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضي عليه. وإن نكل البائع حلف المشتري وقضى له، وإن حلفا جميعاً لم ينفسخ البيع بنفس التحالف. لأنه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، لكن إن رضي أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما. وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ. هذا ظاهر كلام أحمد. ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم. وهو ظاهر مذهب الشافعي. لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه في الحكم. فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما.

ولنا: قول النبي ﷺ: «أو يترادان البيع» وظاهره استقلالهما بذلك وفي القصة: «أن ابن مسعود رضي الله عنه باع الأشعث بن قيس رقيقاً من رقيق الإمارة، فقال عبدالله: بعتك بعشرين ألفاً. قال الأشعث: اشتريت منك بعشرة آلاف. فقال عبدالله: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع، أو يترادان البيع. قال: فإني أرد البيع» رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود. وروي أيضاً حديثاً عن عبد الملك بن عبيدة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان استخلف البائع. ثم كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك» وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم. لأنه جعل الخيار إليه. فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب. ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة. فأشبه الرد بالعيب. ولا يشبه النكاح. لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق. وإذا فسخ العقد فقال القاضي: ظاهر كلام أحمد: أن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً. لأنه فسخ لاستدراك الظلامة. فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف. فوقع في الظاهر والباطن كالفسخ باللعان. وقال أبو الخطاب: إن كان البائع ظالماً لم يفسخ العقد في الباطن. لأنه كان يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد في الباطن. ولا يباح له التصرف في المبيع لأنه غاصب، فإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه. فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولهم وجه ثالث: أنه لا ينفسخ في الباطن بحال. وهذا فاسد. لأنه لو علم أنه لم ينفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر. فإنه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه. ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً. فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب. ويقوى عندي أنه إن فسخه الصادق منهما انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك. وإن فسخه الكاذب عالماً بكذبه لم ينفسخ بالنسبة إليه لأنه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه. ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع إليه. لأنه رجع إليه بحكم الشرع من غير عدوان منه. فأشبه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه.

مسألة: قال: (فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها، إلا أن يشاء المشتري أن يعطي الثمن على ما قال البائع، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة).

وجملته: أنهما إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان.

إحداهما: يتحالفان، مثل ما لو كانت قائمة. وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك.

والأخرى: القول قول المشتري مع يمينه. اختارها أبو بكر. وهذا، قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة. لقوله عليه السلام في الحديث: «والسلعة قائمة» فمفهومه: أنه لا يشرع التحالف عند تلفها. ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها. والقول قول المنكر، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس.

ووجه الرواية الأولى: عموم قوله: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» وقال أحمد: ولم يقل فيه: «والمبيع قائم» إلا يزيد بن هارون. قال أبو عبدالله: وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا هذه الكلمة، ولكنها في حديث معن، ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر. فيشرع اليمين كحال قيام السلعة وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم: تركناه للحديث. قلنا: ليس في الحديث تحالفاً، وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار. قال ابن المنذر: وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه، وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى. فنقيس عليه، بل يثبت الحكم بالبينة. فإن التحالف إذ ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها، فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى. فإذا تحالفا فإن رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه كما له ذلك في حال بقاء السلعة، ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشترى، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع. فإن كان من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا، وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري، ويكون القول قول المشتري مع يمينه. لأنه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع. لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري. وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ. لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة. ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري»ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه غارم والقول قول الغارم.

فصل: وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره. فالقول قول البائع. لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد. فأشبه ما لو اختلفا في القبض.

فصل: وإن قال: بعتك هذا العبد بألف، فقال: بل هو والعبد الآخر بألف. فالقول قول البائع مع يمينه. وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: يتحالفان لأنهما اختلفا في أصل عوضي العقد، فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن.

ولنا: إن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله بيمينه، كما لو ادعى شراءه منفرداً.

فصل: وإن اختلفا في عين المبيع، فقال: بعتك هذا العبد. قال: بل بعتني هذه الجارية. فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه. لأن كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه. والقول قول المنكر. فإن حلف البائع: ما بعتك هذه الجارية. أقرت في يده إن كانت في يده، وردت عليه إن كان مدعيها قد قبضها، وأما العبد فإن كان في يد البائع أقر في يده، ولم يكن للمشتري طلبه، لأنه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن إليه. لأنه لم يصل إليه المعقود عليه: وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع. لأنه لم يعترف أنه لم يشتره. وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه. لأنه تعذر عليه الوصول إلى ثمنه فملك الفسخ، كما لو أفلس المشتري. وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان. لأنهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعاً وأنكره الآخر. وإن أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر. ثبت ما قامت عليه البينة دون ما لم تقم عليه.

فصل: فإن اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد. نص عليه في رواية الأثرم. لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به: وإن كان في البلد نقود رجع إلى أوسطها. نص عليه في رواية جماعة، فيحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب، والمعاملة به أكثر. لأن الظاهر وقوع المعاملة به. فهو كما لو كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما إليه مع التساوي، لأن فيه توسطاً بينهما وتسوية بين حقيهما، وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى. وعلى مدعي ذلك اليمين. لأن ما قاله خصمه محتمل. فتجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال، كوجوبها على المنكر. وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان. فينبغي أن يتحالفا. لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما. فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره.

فصل: وإن اختلفا في أجل أو رهن، أو في قدرهما، أو في شرط خيار، أو ضمين أو غير ذلك من الشروط الصحيحة. ففيه روايتان:

إحداهما: يتحالفان. وهو قول الشافعي. لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا، قياساً على الاختلاف في الثمن.

والثانية: القول قول من ينفي ذلك مع يمينه. وهو قول أبي حنيفة. لأن الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه كأصل العقد. لأنه منكر. والقول قول المنكر.

فصل: وإن اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال: بعتك بخمر، أو خيار مجهول. فقال: بل بعتني بنقد معلوم، أو خيار ثلاث. فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه. لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد وإن قال: بعتك مكرهاً فأنكره فالقول قول المشتري. لأن الأصل عدم الإكراه وصحة البيع، وإن قال: بعتك وأنا صبي. فالقول قول المشتري. نص عليه. وهو قول الثوري وإسحاق لأنهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده. فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها. ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لأنه الأصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد، أو إكراه لوجهين:

أحدهما: أن الأصل عدمه. وههنا الأصل بقاؤه.

والثاني: أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح. وههنا ما ثبت أنه كان مكلفاً، وإن قال: بعتك وأنا مجنون. فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري. لأن الأصل عدمه. وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبي، ولو قال العبد بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة. فالقول قول المشتري. نص عليه في رواية مهنا، لأنه مكلف، والظاهر: أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً.

فصل: وإن مات المتبايعان فورثتهما بمنزلتهما في جميع ما ذكرناه. لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وإرث حقوقهما، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما.

فصل: وإن اختلفا في التسليم فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع، والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع «ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل. فيقبض منهما، ثم يسلم إليهما، وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي. وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق. وهو قول ثان للشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك: يجبر المشتري على تسليم الثمن. لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن.

ولنا: إن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه. فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه، وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده، ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة، ويخالف الرهن، فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن، والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع، وأما إذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه.

ووجه الرواية الأخرى: أن الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو البيع، فوجب تقديمه، ولأن الثمن لا يتعين بالتعيين، فأشبه غير المعين.

وإذا ثبت هذا: «وأوجبنا التسليم على البائع فسلمه» فلا يخلو المشتري من أن يكون موسراً أو معسراً، فإن كان موسراً والثمن معه أجبر على تسليمه، وإن كان غائباً قريباً في بيته أو بلده حجر عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن خوفاً من أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع، وإن كان غائباً عن البلد في مسافة القصر فالبائع مخير بين أن يصبر إلى أن يوجد وبين فسخ العقد، لأنه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس، وإن كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين لأن فيه ضرراً عليه والثاني: لا خيار له، لأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر وإن كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ في الحال والرجوع في المبيع، وهذا كله مذهب الشافعي، ويقوى عندي: أنه لا يجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري من تسليمه، لأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن، فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه. ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وإنما يؤثر ما ذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه، وأما مع الخطر المحوج إلى الحجر أو المحجوز للفسخ، فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر، ولأنه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب، ولأن ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم، فهو أولى أن يمنع التسليم، لأن المنع أسهل من الرفع، والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم، ولأن للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لإمكان تقبيضه وإلا فلا، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم: لأنه فسخ للبيع للإعسار بثمنه، فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري، وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلى الحاكم، لأن ولاية الحجر إليه.

فصل: فإن هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لأنه إذا ملك الفسخ مع حضوره فمع هربه أولى، وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد الحاكم له مالاً قضاه وإلا باع المبيع وقضى ثمنه منه، وما فضل فهو للمشتري، وإن أعوز ففي ذمته، ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال، لأننا أبحنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير، فههنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى، ولا يندفع الضرر برفع الأمر إلى الحاكم لعجز البائع عن إثباته عند الحاكم، وقد يكون البيع في مكان لا حاكم فيه، والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته فإحالته على هذا تضييع لماله، وهذه الفروع تقوي ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار ثمنه لما في ذلك من الضرر.

فصل: وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لأجل الاستبراء وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكى عن مالك في القبيحة، وقال في الجميلة: يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لأن التهمة تلحقه فيها فمنع منها.

ولنا: إنه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها. فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكروه من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته كالقبيحة. ولأنه إذا كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود المحل فيها بعيد نادر، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه. ولو طالب المشتري البائع بكفيل لئلا تظهر حاملاً لم يكن له ذلك. لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد. فلم يكن له كفيل كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجل.

مسألة: قال: (ولا يجوز بيع الآبق).

وجملته: أن بيع العبد الآبق لا يصح، سواء علم مكانه أو جهله. وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر[1] وشبههما. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي. وروي عن ابن عمر: «أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً» وعن ابن سيرين: لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً وعن شريح مثله.

ولنا: ما روى أبو هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» رواه مسلم. وهذا بيع غرر. ولأنه غير مقدور على تسليمه فلم يجز بيعه كالطير في الهواء، فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه لإمكان تسليمه.

مسألة: قال: (ولا الطائر قبل أن يصاد).

وجملة ذلك: أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح مملوكاً أو غير مملوك. أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعلتين. إحداهما: العجز عن تسليمه. والثانية: أنه غير مملوك له، والأصل في هذا نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر. وقيل في تفسيره: هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء. ولا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه. لأنه لا يقدر على تسليمه الآن. وإنما يقدر عليه إذا عاد.

فإن قيل: فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال.

قلنا: الغائب يقدر على استحضاره. والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده. فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه، بخلاف الغائب. وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحاً لم يجز. لأن

(١) العائر: الذي انفلت من صاحبه.

الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه، فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه وقال القاضي: إن لم يمكن أخذه بتعب ومشقة لم يجز بيعه. لعدم القدرة على تسليمه. وهذا مذهب الشافعي. وهو ملغى بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره إلا بتعب ومشقة. وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة. ولا كذلك في إمساك الطائر. والصحيح إن شاء الله تعالى أن تفاوت المدة في إحضار ولا البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من البرج والعادة تكون في هذا كالعادة في ذاك. فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة، فهذا أولى.

مسألة: قال: (ولا السمك في الآجام).

هذا قول أكثر أهل العلم. روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه، قال: إنه غرر. وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور. ولا نعلم لهم مخالفاً. لما ذكرنا من الحديث والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط. أحدها: أن يكون مملوكاً. الثاني: أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته. الثالث: أن يمكن اصطياده وإمساكه. فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه. لأنه مملوك معلوم مقدر على تسليمه. فجاز بيعه كالموضوع في الطست. وإن اختل شرط مما ذكرنا لم يجز بيعه لذلك. وإن اختلت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل، وإن اختل اثنان منها لم يجز بيعه لعلتين. وروي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه. لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله.

ولنا: ما روي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» ولأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر وهذا منه. ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده. أشبه الطير في الهواء والعبد الآبق، لأنه مجهول فلم يصح بيعه، كاللبن في الضرع والنوى في التمر، ويفارق ما ذكروه، لأن ذلك من مؤنة القبض، وهذا يحتاج إلى مؤنة ليمكن قبضه، فأما إن كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه، وإن لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياد الطائر من البرج. فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف، وإن كانت كثيرة وتتطاول المدة فيه لم يجز بيعه للعجز عن تسليمه والجهل لوقت إمكان التسليم.

فصل: إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه. لأنه آلة معدة للاصطياد فأشبه الشبكة ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارهما للاصطياد جاز، وما حصل فيهما ملكه. وإن كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ما حصل فيها من السمك. لأنها غير معدة له. فأشبهت أرضه إذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك. ومتى نصب شبكة

أو شركاً أو فخاً أو أحبولة ملك ما وقع فيها من الصيد. لأنه بمنزلة يده. وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتلت صيداً حل له أكله. وكان كذبحه. ولو وقع في شبكته أو شبهها شيء كان مضموناً عليه فعلم بذلك أنه كيده. ولو أعد لمياه الأمطار مصانع[1] أو بركاً أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه بحصوله فيها. لأنها في باب الإعداد كالشباك للاصطياد. ولو أعد سفينة للاصطياد كالتي يجعل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر[2] ليثب السمك فيها كان حصوله فيها كحصوله في شبكته، لكونها صارت من الآلات المعدة له، ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع فيها، ومن سبق إليه فأخذه ملكه كالأرض التي لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع إذا دخلها ماء فيه سمك ثم نضب عنه، أو دخل فيها ظبي أو عشش فيها طائر، أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه صاحبها. لأنه ليس من نماء الأرض ولا مما هي معدة له، لكنه يكون أحق به. إذ ليس لغيره التخطي في أرضه ولا الانتفاع بها فإن تخطى وأخذه أخطأ وملكه. قال أحمد في ورشان على[3] نخلة قوم صاده إنسان هو للصائد، وقال في طيرة لقوم أفرخت في دار جيرانهم: إن الفرخ يتبع الأم برد فراخها على أصحاب الطيرة. واختار ابن عقيل في المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلأ وشبهه. أنه لا يملكه بأخذه. لأنه سبب منهي عنه فلم يفد الملك كالبيع المنهي عنه. إذ السبب لا يختلف بين كونه بيعاً أو غيره. لقوله عليه السلام: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» والصحيح الأول. ولا نسلم أن السبب منهي عنه فإن السبب الأخذ، وليس بمنهي عنه. إنما نهى عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع، ولأن النهي ههنا لحق آدمي، فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب، وتلقي الركبان والنجش، وبيعه على بيع أخيه. ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً كالأرض التي على ساحل البحر يجعل إليها طريقاً للماء، فإذا امتلأت قطعه عنها، أو تكون أرضه سبخة يفتح إليها الماء من عين أو يجمع فيها ماء المطر فيصير ملحاً ملكه بذلك. لأنها معدة له. فأشبهت البركة المعدة للصيد. وإن لم يكن أعدها لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا في مثلها.

فإن قيل: فقد روي عن أحمد في إنسان رمى طيراً ببندق فوقع في دار قوم فهو لهم دونه، وهذا يدل على أنهم ملكوه بحصوله في دارهم.

قلنا: هذا محمول على أنه وقع ممتنعاً فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم، كذلك قال ابن عقيل. ويتعين حمله على هذا. لأنهم إذا لم يملكوا ما حصل في دارهم بفعل الله تعالى، فما حصل بفعل آدمي أولى، ولأنه وقع في الدار بعد الضربة المثبتة له التي يملك بها الصيد. فأشبه

---

(١) المصانع جمع مصنع وهي الأرض يحفظ فيها الماء تشبه الحوض.
(٢) الصفر نوع من النحاس.
(٣) الورشان طائر يسمى ساق حر.

ما لو أطارت الريح ثوب إنسان فألقته في دارهم، ولو كانت آلة الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد، فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها بذلك. لأنها غير معدة للصيد في هذه الحال. فأشبهت الأرض التي ليست معدة له.

فصل: وما حصل من الصيد في كلب إنسان أو صقره أو فهده، وكان استرسل بإرسال صاحبه فهو له. لأنه آكد من الشبكة. لأنه حيوان يحصل بفعله وقصده وإرسال صاحبه فهو كسهمه. ولأن الله تعالى قال: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] وإن استرسل بنفسه فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض إنسان في أنه لا يملكه. وليس لغيره أخذه، فإن أخذه غيره ملكه كالكلأ. وكذلك ما يحصل في بهيمة إنسان من الحشيش في المرعى.

مسألة: قال: (والوكيل إذا خالف فهو ضامن، إلا أن يرضى الآمر فيلزمه).

وجملة ذلك: أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه، أو اشترى غير ما عين له. فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف. لأنه خرج عن حال الأمانة وصار بمنزلة الغاصب. فأما قوله: «إلا أن يرضى الآمر فيلزمه» يعني إذا اشترى غير ما أمر بشرائه بثمن في ذمته فإن الشراء صحيح، ويقف على إجازة الموكل. فإن أجازه لزمه. وعليه الثمن. وإن لم يقبل لزم الوكيل، ويتعين حمله على هذه الصورة. لأنه قد بين في موضع آخر. فقال: إلا أن يكون اشتراه بعين المال. فيبطل الشراء. وذكره في كتاب العتق أيضاً فلذلك تعين حمل هذه المسألة على ما قلنا» وإنما صح الشراء. لأنه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا. لأن الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه، ولذلك قلنا: إنه إذا اشترى في الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل. وإن خرج مغصوباً لم يبطل العقد وإنما وقف على إجازة الآمر. لأنه قصد الشراء له. فإن أجازه لزمه وعليه الثمن، وإن لم يقبله لزم من اشتراه.

فصل: وإن اشترى بعين مال الآمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان:

إحداهما: البيع باطل. ويجب رده، وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر.

والثانية: البيع والشراء صحيحان ويقف على إجازة المالك، فإن أجازه نفذ ولزم البيع، وإن لم يجزه بطل، وهذا مذهب مالك وإسحاق وقول أبي حنيفة في البيع، فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال.

ووجه هذه الرواية: ما روى عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى شاتين ثم باع. إحداهما بدينار في الطريق. قال: فأتيت

النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال: بارك الله في صفقة يمينك» رواه الأثرم وابن ماجة: ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه، فيجب أن يقف على إجازته كالوصية.

ووجه الرواية الأولى: قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» رواه ابن ماجة والترمذي. وقال حديث حسن صحيح، يعني ما لا تملك. لأنه ذكره جواباً له حين سأله: أنه يبيع الشيء ثم يمضي فيشتريه ويسلمه، ولاتفاقنا على صحة بيع مال الغائب، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد، ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز في البيع، فأما حديث عروة فتحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل أنه سلم وتسلم. وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا.

فصل: ولا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ليمضي ويشتريها، ويسلمها رواية واحدة. وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً، لأن حكيم بن حزام قال للنبي ﷺ: «إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما عندي، فأمضي إلى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه فقال النبي ﷺ: لا تبع ما ليس عندك».

فصل: ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم. منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي، وقال ابن أبي ليلى: سكوته إقرار. لأنه دليل على الرضى فأشبه سكوت البكر في الإذن في نكاحها.

ولنا: إن السكوت محتمل فلم يكن إذناً كسكوت الثيب. وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها. وليس ذلك بموجود ههنا.

فصل: وإذا وكل رجلين في بيع سلعته فباع كل واحد منهما السلعة من رجل بثمن مسمى فالبيع للأول منهما، روي هذا عن شريح وابن سيرين والشافعي وابن المنذر، وحكي عن ربيعة ومالك أنهما قالا: هي للذي بدأ بالقبض.

ولنا: إنه قد روي في حديث: «إذا باع المجيزان فهو للأول» رواه ابن ماجة ولأن الوكيل الثاني زالت وكالته بانتقاء ملك الموكل عن السلعة فصار بائعاً ملك غيره بغير إذنه فلم يصح كما لو قبض الأول أو كما لو زوج أحد الوليين بعد الأول.

مسألة: قال: (وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز).

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين. وقد صح أن النبي ﷺ: «نهى عن الملامسة والمنابذة» متفق عليه، والملامسة: أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع

البيع، والمنابذة، أن يقول أي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته بكذا. هذا ظاهر كلام أحمد ونحوه قال مالك والأوزاعي وفيها روى البخاري: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المنابذة، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه» وروى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في تفسيرها قال: «هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل. والمنابذة: أن ينبذ كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه» وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيهما لعلتين. إحداهما: الجهالة. والثانية: كونه معلقاً على شرط. وهو نبذ الثوب إليه أو لمسه له. وإن عقد البيع قبل نبذه فقال: بعتك ما تلمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه إليك فهو غير معين ولا موصوف. فأشبه ما لو قال: بعتك واحداً.

فصل: ومن البيوع المنهي عنها: بيع الحصاة. فإن أبا هريرة روى: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة» رواه مسلم. واختلف في تفسيره فقيل: هو أن يقول: ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم، وقيل هو أن يقول: بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصاة إذا رميتها بكذا وقيل: هو أن يقول: بعتك هذا بكذا على أني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع. وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل. ولا نعلم فيه خلافاً.

فصل: وروى أنس قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة» أخرجه البخاري. والمخاضرة: بيع الزرع الأخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، والمحاقلة: بيع الزرع بحب من جنسه. قال جابر: «المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة» قال الأزهري: الحقل القراح المزروع والحواقل المزارع، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الأرض بالحنطة.

مسألة: قال: (وكذا بيع الحمل غير أمه، واللبن في الضرع).

معناه بيع الحمل في البطن دون الأم. ولا خلاف في فساده. قال ابن المنذر: وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز، وإنما لم يجز بيع الحمل في البطن لوجهين.

أحدهما: جهالته. فإنه لا تعلم صفته ولا حياته.

والثاني: أنه غير مقدور على تسليمه، بخلاف الغائب. فإنه يقدر على الشروع في تسليمه، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح» قال أبو عبيد: الملاقيح: ما في البطون وهي الأجنة. والمضامين: ما في أصلاب الفحول. فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة، وما يضرب به الفحل في عامه، أو في أعوام وأنشد:

إن المضامين التي في الصلب ... ماء الفحول في الظهور الحدب

وروى ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع المجر» قال ابن الأعرابي: المجر: ما في بطن الناقة، والمجر: الربا، والمجر: القمار، والمجر: المحاقلة والمزابنة.

فصل: وقد روى ابن عمر عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع حبل الحبلة» متفق عليه. معناه: نتاج النتاج. قاله أبو عبيدة، وعن ابن عمر قال: «كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة. وحبل الحبلة: أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت. فنهاهم النبي ﷺ» رواه مسلم، وكلا البيعين فاسد. أما الأول: فلأنه بيع معدوم، وإذا لم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى وأما الثاني: فلأنه بيع إلى أجل مجهول.

فصل: ولا يجوز بيع اللبن في الضرع. وبه قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. ونهى عنه ابن عباس وأبو هريرة. وكرهه طاوس ومجاهد. وحكي عن مالك: أنه يجوز أياماً معلومة إذا عرفا حلابها لسقي الصبي، كلبن الظئر. وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة.

ولنا: ما روى ابن عباس «أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر، أو لبن في ضرع» رواه الخلال بإسناده، ولأنه مجهول الصفة والمقدار. فأشبه الحمل. لأنه بيع عين لم يخلق. فلم يجز كبيع ما تحمل الناقة والعادة في ذلك تختلف. وأما لبن الظئر[1] فإنما جاز للحضانة. لأنه موضع حاجة.

فصل: واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر. فروي أنه لا يجوز بيعه. لما ذكرنا من الحديث. ولأنه متصل بالحيوان. فلم يجز إفراده بالعقد كأعضائه. وروي عنه: أنه يجوز بشرط جزه في الحال. لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة، وفارق الأعضاء فإنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان، والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع فإن اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة إذا اشتراها فتركها حتى طالت.

فصل: ولا يجوز بيع ما تجهل صفته، كالمسك في الفأر[2] وهو الوعاء الذي يكون فيه. قال الشاعر:

إذا التاجر الهندي جاء بفأرة　　　من المسك راحت في مفارقهم تجري

فإن فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهده لم يجز بيعه للجهالة وقد قال بعض الشافعية يجوز. لأن بقاءه في فأره مصلحة له فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته فأشبه ما مأكوله في جوفه.

---

(١) الظئر: العاطفة على ولد غيرها المرضعة له.

(٢) المسك هو الفأر فالأصح (في الفأرة) وهي وعاء المسك.

ولنا: إنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته. فلم يجز بيعه مستوراً كالدر في الصدف. وأما ما مأكوله في جوفه. فإخراجه يفضي إلى تلفه. والتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه. ومن ذلك البيض في الدجاج والنوع في التمر. لا يجوز بيعها للجهل بها ولا نعلم في هذا خلافاً نذكره.

فصل: فأما بيع الأعمى وشراؤه، فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً، أو بالشم إن كان مشموماً. صح بيعه وشراؤه. وإن لم يمكن جاز بيعه كالبصير. وله خيار الخلف في الصفة. وبهذا قال مالك وأبو حنيفة. وأثبت أبو حنيفة له الخيار إلى معرفته بالمبيع، إما بحسه أو ذوقه أو وصفه. وقال عبيد الله بن الحسن: شراؤه جائز. وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه لزمه، وقال الشافعي: لا يجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول، أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه. لأنه مجهول الصفة عند العاقد. فلم يصح كبيع البيض في الدجاج والنوع في التمر.

ولنا: إنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته. فأشبه بيع البصير ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه. فكذلك شم الأعمى وذوقه، وأما البيض والنوع فلا يمكن الاطلاع عليه، ولا وصفه بخلاف مسألتنا.

مسألة: قال: (وبيع عسب الفحل غير جائز).

عسب الفحل: ضرابه. وبيعه أخذ عوضه. وتسمى الأجرة: عسب الفحل مجازاً. وإجارة الفحل للضراب حرام، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جوازه. قال ابن عقيل: ويحتمل عندي الجواز. لأنه عقد على منافع الفحل ونزوه[1]. وهذه منفعة مقصودة والماء تابع. والغالب حصوله عقيب نزوه، فيكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي.

ولنا: ما روى ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل» رواه البخاري، وعن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل» رواه مسلم «ولأنه مما لا يقدر على تسليمه: فأشبه إجارة الآبق ولأن ذلك متعلق باختيار الفحل وشهوته. ولأن المقصود هو الماء، وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد وهو مجهول. وإجارة الظئر خولف فيه الأصل لمصلحة بقاء الآدمي فلا يقاس عليه ما ليس مثله. فعلى هذا إذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ لما ذكرناه. ولا يحرم على المعطي. لأنه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج إليه ولا يمتنع هذا كما في كسب الحجام فإنه خبيث. وقد أعطى النبي ﷺ الذي حجمه. وكذلك أجرة الكسح. والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها. وإن أعطى صاحب الفحل هدية أو أكرمه من

---

(١) نزو الفحل: لقاحه للأنثى.

غير إجارة جاز. وبه قال الشافعي. لما روى أنس عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا كان إكراماً فلا بأس» ولأنه سبب مباح. فجاز أخذ الهدية عليه كالحجامة. وقال أحمد في رواية ابن القاسم: لا يأخذ. فقيل له: ألا يكون مثل الحجام يعطي وإن كان منهياً عنه؟ فقال: «لم يبلغنا أن النبي ﷺ أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجام» ووجهه أن ما منع أخذ الأجرة عليه منع قبول الهدية، كمهر البغي وحلوان الكاهن[1]، قال القاضي: هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاه في الحجام فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس والذي ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم.

مسألة: قال: (والنجش منهي عنه. وهو أن يزيد في السلعة. وليس هو مشترياً لها).

النجش: أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقتدي به المستام. فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيغتر بذلك. فهذا حرام وخداع. قال البخاري: «الناجش آكل ربا خائن وهو خدع باطل لا يحل» وروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش، وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الركبان ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد» متفق عليهما ولأن في ذلك تغريراً بالمشتري وخديعة له. وقد قال النبي ﷺ: «الخديعة في النار» فإن اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم. منهم الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد: أن البيع باطل. اختاره أبو بكر. وهو قول مالك. لأن النهي يقتضي الفساد.

ولنا: إن النهي عاد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع. ولأن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد، كتلقي الركبان وبيع المعيب والمدلس وفارق ما كان لحق الله تعالى لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، كما في تلقي الركبان. وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له. وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن. وقال أصحاب الشافعي: إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه فلا خيار له. واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه، فقال بعضهم: لا خيار للمشتري لأن التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته.

ولنا: إنه تغرير بالعاقد، فإذا كان مغبوناً ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ويبطل ما ذكره بتلقي الركبان.

---

(١) مهر البغي: النقود التي تعطى للمرأة الساقطة في نظير إتيانها، وحلوان الكاهن هو ما يأخذه الشخص الذي يدري معرفة الغيب.

فصل: ولو قال البائع: أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشتراها بذلك ثم بان كاذباً. فالبيع صحيح. وللمشتري الخيار أيضاً، لأنه في معنى النجش.

فصل: وقوله عليه السلام: «لا يبع بعضكم على بيع بعض» معناه: أن الرجلين إذا تبايعا فجاء آخر إلى المشتري في مدة الخيار، فقال: أنا أبيعك مثل هذه السلعة دون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمنها أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه فهذا غير جائز لنهي النبي ﷺ عنه. ولما فيه من الإضرار بالمسلم والإفساد عليه. وكذلك إن اشترى على شراء أخيه، وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به فهو محرم أيضاً. لأنه في معنى المنهي عنه. ولأن الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي. ولأن النبي ﷺ: «نهى أن يخطب على خطبة أخيه» وهو في معنى الخاطب، فإن خالف وعقد فالبيع باطل. لأنه منهي عنه «والنهي يقتضي الفساد، ويحتمل أنه صحيح، لأن المحرم هو عرض سلعته على المشتري، أو قوله الذي فسخ البيع من أجله، وذلك سابق على البيع ولأنه إذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولأن النهي لحق آدمي، فأشبه بيع النجش. وهذا مذهب الشافعي.

فصل: وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يسم الرجل على سوم أخيه» ولا يخلو من أربعة أقسام:

أحدها: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري، وهو الذي تناوله النهي.

الثاني: أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم، لأن النبي ﷺ باع فيمن يزيد، فروى أنس: «أن رجلاً من الأنصار شكا إلى النبي ﷺ الشدة والجهد، فقال له: أما بقي لك شيء؟ فقال: بلى قدح وحلس[1]، قال: فأتني بهما فأتاه بهما، فقال: من يبتاعهما؟ فقال رجل: أخذتهما بدرهم. فقال النبي ﷺ: من يزيد على درهم؟ من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه» رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا أيضاً إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة.

الثالث: أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه، فلا يجوز له السوم أيضاً ولا الزيادة استدلالاً بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي ﷺ: «أن معاوية وأبا جهم

---

(١) القدح: الكوز ونحوه، والحلس بكسر الحاء وسكون اللام وتفتح الحاء واللام كساء على ظهر البعير تحت البرذعة.

خطباها. فأمرها أن تنكح أسامة» وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن سوم أخيه، فما أبيح في أحدهما أبيح في الآخر.

الرابع: أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح، فقال القاضي: لا تحرم المساومة، وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة، استدلالاً بحديث فاطمة، ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة، فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهاً حسناً فإن النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم، ولأنه وجد منه دليل الرضا، أشبه ما لو صرح به، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة. وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا. لأنها جاءت مستشيرة للنبي ﷺ وليس ذلك دليلاً على الرضا فكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله: «لا تفوتينا بنفسك» فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبي ﷺ. والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه.

فصل: بيع التلجئة باطل. وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة والشافعي: هو صحيح. لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد. ثم عقدا البيع بغير شرط.

ولنا: إنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه، فيواطىء رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه، ليحتمي بذلك: ولا يريدان بيعاً حقيقياً.

مسألة: قال: (فإن باع حاضر لباد فالبيع باطل).

وهو أن يخرج الحضري إلى البادي وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ويقول أنا أبيع لك فنهى النبي ﷺ عن ذلك. فقال: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» والبادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها، سواء كان بدوياً أو من قرية أو بلدة أخرى. نهى النبي ﷺ الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس: «نهى النبي ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد، قال: فقلت لابن عباس: ما قوله حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمساراً» متفق عليه، وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس. والمعنى في ذلك: أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر. فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد. وقد أشار النبي ﷺ في تعليله إلى هذا المعنى وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي

ونقل أبو إسحاق بن شاقلا في جملة سماعاته أن الحسن بن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضر لباد فقال: لا بأس به. فقال له: فالخبر الذي جاء بالنهي؟ قال كان ذلك مرة فظاهر هذا: صحة البيع، وأن النهي اختص بأول الإسلام، لما كان عليهم من الضيق في ذلك، وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه، والمذهب الأول لعموم النهي، وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل؛ وظاهر كلام الخرقي؛ أنه يحرم بثلاثة شروط.

أحدها: أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له.

والثاني: أن يكون البادي جاهلاً بالسعر، لقوله: فيعرفه السعر، ولا يكون التعريف إلا لجاهل، وقد قال أحمد في رواية أبي طالب، إذا كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم.

والثالث: أن يكون قد جلب السلع للبيع، لقوله: وقد جلب السلع والجالب هو الذي يأتي بالسلع ليبيعها، وذكر القاضي شرطين آخرين:

أحدهما: أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها.

والثاني: أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه وضيق في تأخير بيعه، وقال أصحاب الشافعي: إنما يحرم بشروط أربعة: وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه، فمتى اختل منها شرط لم يحرم البيع، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام، وقد صرح الخرقي ببطلانه، ونص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد، قالت سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوي؟ فقال: أكره ذلك. وأرد البيع في ذلك، وعن أحمد رواية أخرى: أن البيع صحيح، وهو مذهب الشافعي، لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه.

ولنا: إنه منهي عنه. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

فصل: فأما الشراء لهم. فيصح عند أحمد، وهو قول الحسن، وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع يروى عن أنس قال، كان يقال: هي كلمة جامعة يقول: «لا تبيعن له شيئاً ولا تبيعن له شيئاً» وعن مالك في ذلك روايتان:

ووجه القول الأول: «أن النهي غير متناول للشراء بلفظه» ولا هو في معناه. فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر، ويزول عنهم الضرر وليس ذلك في الشراء لهم، إذ لا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم، والخلق في نظر الشارع على السواء، فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر، وأما إن أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له، فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والأوزاعي وابن المنذر، وكرهه مالك الليث، وقول الصحابي حجة ما لم يثبت خلافه.

فصل: قال ابن حامد: ليس للإمام أن يسعر على الناس، بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي وكان مالك يقول: يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به: بع كما يبيع الناس وإلا فاخرج عنا. واحتج له بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر «أنه مر بحاطب[1] في سوق المصلى، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب. فسأله عن سعرهما؟ فسعر له مدين بكل درهم. فقال له عمر: قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك. فإما أن ترفع في السعر، وإما أن تدخل زبيبك فتبيعه كيف شئت» ولأن في ذلك إضراراً بالناس إذا زاد تبعه أصحاب المتاع، وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع.

ولنا: ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال: «غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله غلا السعر، فسعر لنا فقال: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، إني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وعن أبي سعيد مثله، فوجه الدلالة من وجهين:

أحدهما: أنه لم يسعر، وقد سألوه ذلك. ولو جاز لأجابهم إليه.

الثاني: أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام. ولأنه ماله فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان كما اتفق الجماعة عليه. قال بعض أصحابنا: التسعير سبب الغلاء. لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون. ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتمها ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها، فتغلوا الأسعار، ويحصل الإضرار بالجانبين. جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه. فيكون حراماً. فأما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي «أن عمر لما رجع حاسب نفسه. ثم أتى حاطباً في داره فقال: إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء. وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد، فحيث شئت فبع كيف شئت، وهذا رجوع إلى ما قلنا. وما ذكروه من الضرر موجود فيما باع في بيته ولا يمنع منه.

مسألة: قال: (ونهى عن تلقي الركبان).

فإن تلقوا واشترى منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق وعرفوا أنهم قد غبنوا إن أحبوا أن يفسخوا البيع فسخوا. روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق فربما غبنوهم غبناً بيناً فيضرونهم. وربما أضروا بأهل البلد. لأن الركبان إذا وصلوا

(١) هو حاطب بن أبي بلتعة الصحابي الجليل.

باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً، ويتربصون بها السعر. فهو في معنى بيع الحاضر للبادي. فنهى النبي ﷺ عن ذلك. وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد» وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما، وكرهه أكثر أهل العلم، منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق. وحكي عن أبي حنيفة أنه لم يرَ بذلك بأساً. وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع فإن خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع. وقاله ابن عبد البر. وحكي عن أحمد رواية أخرى: أن البيع فاسد لظاهر النهي. والأول أصح. لأن أبا هريرة روى أن رسول الله ﷺ قال: «لا تلقوا الجلب. فمن تلقاه واشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار» رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح. ولأن النهي لا لمعنى في البيع، بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بإثبات الخيار. فأشبه بيع المصراة وفارق بيع الحاضر للبادي. فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه إنما هو على المسلمين.

فإذا تقرر هذا: فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن. وقال أصحاب الرأي لا خيار له. وقد روينا قول رسول الله ﷺ في هذا. ولا قولَ لأحد مع قوله وظاهر المذهب: أنه لا خيار له إلا مع الغبن. لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر، ولا ضرر مع عدم الغبن. وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده لأنه معنى يتعلق الخيار بمثله ولأن النبي ﷺ جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق. ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع. ولم يقدر الخرقي الغبن المثبت للخيار. وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة. لأن ما دون ذلك لا ينضبط. وقال أصحاب مالك: إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لأهل السوق، لئلا يقطع عنهم ما له جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى. قال ابن القاسم: فإن تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها. وقال الليث بن سعد: تباع في السوق، وهذا مخالف لمدلول الحديث فإن النبي ﷺ جعل الخيار للبائع إذا دخل السوق، ولم يجعلوا له خياراً وجعل النبي ﷺ الخيار له يدل على أن النهي عن تلقي الركبان لحقه لا لحق غيره. ولأن الجالس في السوق كالمتلقي في أن كل واحد منهما مبتغ لفضل الله تعالى، فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما وإلحاق الضرر به دفعاً للضرر عن مثله وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق الملتقي. ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته، فلا يعرج على مثل هذا. والله أعلم.

فصل: فإن تلقى الركبان فباعهم شيئاً فهو بمنزلة الشراء منهم، ولهم الخيار إذا غبنهم غبناً يخرج عن العادة. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقالوا في الآخر: النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه. وهذا مقتضى قول أصحاب مالك. لأنهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم.

ولنا: قول النبي ﷺ: «لا تلقوا الركبان» والبائع داخل في هذا ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم. وهذا في البيع كهو في الشراء والحديث قد جاء مطلقاً، ولو كان مختصاً بالشراء لألحق به ما في معناه. وهذا في معناه.

فصل: فإن خرج لغير قصد التلقي فلقي ركباً، فقال القاضي: ليس له الابتياع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك، وهو قول الليث بن سعد. والوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي.

ووجه الأول: أنه إنما نهى عن التلقي دفعاً للخديعة والغبن عنهم، وهذا متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده، فوجب المنع منه كما لو قصد.

فصل: وإن تلقى الجلب في أعلى الأسواق فلا بأس، فإن ابن عمر روى أن: «النبي ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق» رواه البخاري، ولأنه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء فلم يدخل في النهي كالذي وصل إلى وسطها.

فصل: والاحتكار حرام، لما روي عن الأثرم عن أبي أمامة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام» وروي أيضاً بإسناده عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ قال: «من احتكر فهو خاطىء» وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «خرج مع أصحابه، فرأى طعاماً كثيراً قد ألقي على باب مكة. فقال: ما هذا الطعام؟ فقالوا جلب إلينا: فقال: بارك الله فيه وفيمن جلبه. فقيل له: فإنه قد احتكر. قال: ومن احتكره؟ قالوا: فلان مولى عثمان وفلان مولاك. فأرسل إليهما فقال: ما حملكما على احتكار طعام المسلمين؟ قالا: نشتري بأموالنا ونبيع. قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضر به الله بالجذام، أو الإفلاس ـ قال الراوي ـ فأما مولى عثمان فباعه، وقال والله لا أحتكره أبداً. وأما مولى عمر فلم يبعه. فرأيته مجذوماً» وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون».

فصل: والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً. روي عن الحسن ومالك. وقال الأوزاعي: الجالب ليس بمحتكر لقوله: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر به بل ينفع. فإن الناس إذا علموا عنده طعاماً معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه.

الثاني: أن يكون المشتري قوتاً. فأما الإدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم. فليس فيها احتكار محرم. قال الأثرم: سمعت أبا عبدالله يسأل عن أي شيء الاحتكار؟ قال:

إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره وهـذا قول عبـدالله بن عمرو. وكـان سعيد بن المسيب ـ وهو راوي حديث الاحتكار ـ يحتكر الزيت. قال أبـو داود: كان يحتكـر النوى والخيط والبـزر ولأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها. فأشبهت الثياب والحيوانات.

الثالث: أن يضيق على الناس بشرائه. ولا يحصل ذلك إلا بأمرين:

أحدهما: يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور. قال أحمد. الاحتكار في مثـل مكة والمدينة والثغـور فظاهـر هذا: أن: البـلاد الواسعـة الكثيرة المـرافق والجلب كبغداد وَالبصرة ومصر لا يحرم فيها الاحتكار. لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً.

الثـاني: أن يكون في حـال الضيق بأن يـدخل البلد قـافلة فيتبادرذوو الأموال فيشـترونها ويضيقون على الناس، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والـرخص على وجـه لا يضيق على أحـد فليس بمحرم.

مسألة: قال: (وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل).

وجملة ذلك: أن بيع العصـير لمن يعتقد أنـه يتخذه خمـراً محرم. وكـرهه الشـافعي. وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمراً فهو محرم. وإنما يكره إذا شك فيه. وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري: أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً. قال الثوري: بـع الحلال ممن شئت. واحتـج لهم بقول الله تعـالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْـعَ﴾ [البقـرة: ٢٧٥] ولأن البيع تم بأركانه وشروطه.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] وهذا نهي يقتضي التحريم. وروي عن النبي ﷺ: «أنه لعن في الخمـر عشرة» فروى ابن عبـاس: «أن النبي ﷺ أتاه جبريل، فقال: يا محمد، إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحـاملها والمحمـولة إليـه وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيها» وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها أخرج هذا الحديث الـترمـذي من حـديث أنس. وقـال: قـد روي هـذا الحـديث عن ابن عبـاس وابن عمـر عن النبي ﷺ. وروى ابن بطة في تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين «أن قيماً كان لسعد بـن أبي وقـاص في أرض لـه. فـأخـبره عن عنب أنـه لا يصلح زبيبـاً، ولا يصلح أن يبـاع إلا لمن يعصره، فأمر بقلعـه، وقال: بئس الشيـخ أنا إن بعت الخمـر» ولأنه يعقـد عليها لمن يعلم أنـه يريدها للمعصية. فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليـزني بها. والآيـة مخصوصـة بصور كثيرة، فيخص منها محل النزاع بدليلنا، وقولهم: تم البيع وشروطـه وأركانـه. قلنا: لكن وجـد المانع منه.

إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك. إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك. فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز. وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل، ويحتمل أن يصح، وهو مذهب الشافعي. لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه، فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب.

ولنا: إنه عقد على عين لمعصية الله بها، فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء. وأما التدليس فهو المحرم دون العقد. ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى. فأفسد العقد، كبيع درهم بدرهمين. ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي.

فصل: وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك. فهذا حرام، والعقد باطل لما قدمنا. قال ابن عقيل: وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك، فقال في القصاب والخباز: إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الديباج للرجال. ولا بأس ببيعه للنساء: وروي عنه: لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار. وعلى قياسه: البيض فيكون بيع ذلك كله باطلاً.

فصل: قيل لأحمد: رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيماً وقد احتاج إلى بيعها. قال: يبيعها على أنها ساذجة. فقيل له: فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم. فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً؟ قال لا تباع إلا على أنها ساذجة، ووجه ذلك: ما روى أبو أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن» قال الترمذي: هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن زيد وقد تكلم فيه أهل العلم، ورواه ابن ماجه، وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء، فأما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل، كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر.

فصل: ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز، وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشرائها. وهو غير صحيح. فإن عائشة روت أن النبي ﷺ قال: «حرمت التجارة في الخمر» وعن جابر: أنه سمع النبي ﷺ عام الفتح وهو بمكة يقول: «إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام. فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: لا، هو حرام. ثم قال رسول الله ﷺ: قاتل

الله اليهود، إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه[1] ثم باعوه وأكلوا ثمنه» متفق عليه. ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك، ولأن الخمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير، ولأنه يحرم عليه بيعه، فحرم عليه التوكيل كالخنزير.

مسألة: قال: (ويبطل البيع إذا كان فيه شرطان، ولا يبطله شرط واحد).

ثبت عن أحمد رحمه الله أنه قال: الشرط الواحد لا بأس به، إنما نهي عن الشرطين في البيع، ذهب أحمد إلى ما روى عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبع ما ليس عندك» أخرجه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. قال الأثرم: قيل لأبي عبدالله إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع. فنفض يده وقال: الشرط الواحد لا بأس به في البيع. إنما نهى رسول الله ﷺ عن شرطين في البيع. وحديث جابر يدل على إباحة الشرط، حين باعه جمله وشرط ظهره إلى المدينة، واختلف في تفسير الشرطين المنهي عنهما. فروي عن أحمد: أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على البائع خياطته وقصارته، أو طعاماً واشترط طحنه وحمله: إن اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز. وإن اشترط شرطين فالبيع باطل. وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير. وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين: أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد، وأنه يطؤها. ففسره بشرطين فاسدين، وروى عنه إسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع: أن يقول: إذا بعتكها فأنا أحق بها بالثمن وأن تخدمني سنة، وظاهر كلام أحمد: أن الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النحو. فأما إن شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد، أو مصلحته، مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر، وقال القاضي في المجرد: ظاهر كلام أحمد: أنه متى شرط في العقد شرطين بطل، سواء كانا صحيحين أو فاسدين، لمصلحة العقد أو لغير مصلحته. أخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه. ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين. ورووا: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط» ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر. والفاسد يؤثر فيه وإن اتحد. والحديث الذي رويناه يدل على الفرق، ولأن الغرر اليسير إذا احتمل في العقد لا يلزم منه احتمال الكثير. وحديثهم لم يصح وليس له أصل، وقد أنكره أحمد. ولا نعرفه مروياً في مسند ولا يعول عليه. وقول القاضي: إن النهي يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً. فإن شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف. وشرط ما هو من مصلحة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين وشرط

---

(١) جملوه: أذابوه ثم باعوه على أنه ليس بشحم.

صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد، فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه قلت أو كثرت، ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم. فالظاهر: أنه غير مراد له.

فصل: والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام:

أحدها: ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتقابض في الحال. فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد.

الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين، كالأجل والخيار والرهن والضمين والشهادة أو اشتراط صفة مقصودة في المبيع كالصناعة والكتابة ونحوها. فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به. ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً.

الثالث: ما ليس من مقتضاه ولا من مصلحته، ولا ينافي مقتضاه، وهو نوعان:

أحدهما: اشتراط منفعة البائع في المبيع، فهذا قد مضى ذكره.

الثاني: أن يشترط عقداً في عقد، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر، أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه أو يصرف له الثمن أو غيره، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع، سواء اشترطه البائع أو المشتري، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

الرابع: اشتراط ما ينافي مقتضى البيع، وهو على ضربين:

أحدهما: اشتراط ما بني على التغليب والسراية، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد، فهل يصح على روايتين:

إحداهما: يصح، وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي، لأن عائشة رضي الله عنها «اشترت بريرة وشرطت أهلها عليها عتقها وولاءها فأنكر النبي ﷺ شرط الولاء دون العتق».

والثانية: الشرط فاسد، وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه، أشبه ما لو شرط أن يبيعه، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط، فاشترطوا الولاء فإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها، وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه، وإن لم يعتقه ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر، لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه كما لو نذر عنه.

والثاني: لا يجبر، لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط. بدليل ما لو شرط الرهن والضمين، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ، لأنه لم يسلم له ما شرطه له أشبه ما لو شرط

عليه رهناً. وإن تعيب المبيع أو كان أمة فأحبلها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فيه. وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو لـه.·وإن مات المبيـع رجع البـائع عـلى المشتري بمـا نقصه شرط العتق فيقال: كم قيمته لو بيع مطلقاً، وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين، وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته.

الضرب الثاني: أن يشترط غـير العتق، مثل أن يشـترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يطأ، أو يشترط عليـه أن يبيعه أو يقفـه أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن غصبـه غاصب رجـع عليه بالثمن، وإن أعتقه فالولاء له. فهذه وما أشبهها شروط فاسدة. وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين. قال القاضي: المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظـاهر كـلام الخرقي هـاهنا. وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وابن أبي ليلى وأبي ثور.

والثـانية: البيـع فاسـد وهو مـذهب أبي حنيفة والشـافعي لأن النبي ﷺ: «نهى عن بيع وشرط» ولأنه شرط فاسد فأسد البيع كـما لو شرط فيـه عقداً آخـر. ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً. ولأن البـائع إنمـا رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط لـه. فلو صح البيـع بدونـه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي.

ولنا: ما روت عائشة قالت: «جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عـام أوقية فـأعينيني، فقلت: إن أحب أهلك أن أعدهـا لهم عـدة واحـدة: ويكـون لي ولاؤك فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها. فجاءت من عندهم ورسـول الله ﷺ جالس. فقالت: إني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكون الـولاء لهم. فسمع النبي ﷺ فـأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: خذيها واشترطي الولاء فإنما الولاء لمن أعتق. ففعلت عـائشة. ثم قـام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتـاب الله؟ ما كـان من شرط ليس في كتاب الله فهـو باطـل، وإن كان مـائـة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق. وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه. فـأبطل الشرط ولم يبـطل العقد. قال ابن المنذر: خبر بريرة ثابت. ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب.

فإن قيل: المراد بقوله: «اشترطي لهم الولاء» أي عليهم. بدليل أنه أمرها به. ولا يأمرها بفاسد.

قلنا: لا يصح هذا التأويـل بوجهـين. أحدهمـا: أن الولاء لهـا بإعتـاقها فـلا حاجـة إلى اشتراطه، الثاني: أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط لولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منهـا؟ وأما أمـره بذلـك فليس هو أمـراً على الحقيقـة. وإنما هـو صفة الأمـر بمعنى التسويـة بين

الاشتراط وتركه كقوله تعالى: ﴿اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٨٠] وقوله: ﴿اصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا﴾ [الطور: ١٦] والتقدير: واشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي. ولهذا قال عقيبه: «فإنما الولاء لمن أعتق» وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا، وذكره من المعنى في مقابلة النص غير مقبول.

فصل: فإن حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشترط. لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط، والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه. فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به، كما لو وجده معيباً.

فصل: فإن حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك، سواء اتصل به القبض أو لم يتصل. ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره. وبهذا قال الشافعي. وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبت فيه إذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة، إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفاً يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته. واحتج بحديث بريرة. فإن عائشة اشترتها بشرط الولاء فأعتقتها، فأجاز النبي ﷺ العتق، والبيع فاسد. ولأن المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد. وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط. فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحاً.

ولنا: إنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه، كما لو كان الثمن ميتة أو دماً فأما حديث بريرة فإنما يدل على صحة العقد، لا على ما ذكروه. وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط. بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي ﷺ هذا الشرط تركوه ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد فلم يؤثر فيه.

فصل: وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل، وأجرة مثله مدة بقائه في يده. وإن نقص ضمن نقصه. لأنها جملة مضمونة، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضاً. فإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف. قاله القاضي ولأن أحمد نص عليه في الغصب. ولأنه قبضه بإذن مالكه. فأشبه العارية. وذكر الخرقي في الغصب: أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت. فيخرج ههنا كذلك وهو أولى. لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها. فكذلك في حال تلفها؛ كما لو أتلفها بالجناية، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: فإن كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها ملكه. ولأن في الملك اختلافاً، وعليه مهر مثلها. لأن الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر. ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر، وعليه أرش البكارة إن كانت بكراً.

فإن قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة؟

قلنا لأن النكاح تضمن الإذن في الوطء المذهب للبكارة. لأنه معقود على الوطء. ولا كذلك البيع، فإنه ليس بمعقود على الوطء، بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها. ولا يحل نكاحها.

فإن قيل: فإذا أوجبتم مهر بكر، فكيف توجبون ضمان البكارة، وقد دخل ضمانها في المهر؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة، فكيف توجبون مهر بكر. وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها؟

قلنا: لأن مهر البكر ضمان المنفعة، وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا، وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نفع هذا الجزء. فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه، فإذا أتلفه وجب ضمان عينه، ولا يجوز أن تضمن العين ويسقط ضمان المنفعة، كما لو غصب عيناً ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها، أو غصب ثوباً فلبسه حتى أبلاه وأتلفه، فإنه يضمن القيمة والمنفعة، كذا ههنا.

فصل: وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به النسب لذلك ولا ولاء عليه، لأنه حر الأصل وعلى الواطىء قيمته يوم وضعه، لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه، فإن سقط ميتاً لم يضمن، لأنه إنما يضمنه حين وضعه، ولا قيمة له حينئذ.

فإن قيل: فلو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً وجب ضمانه.

قلنا: الضارب يجب عليه غرة[1] وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ولأن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده، ووقت الحيلولة وقت السقوط، وكان ميتاً فلم يجب ضمانه، وعليه ضمان نقص الولادة، وإن ضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة، للسيد منها أقل الأمرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط، لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حياً، ولذلك ضمنه البائع، وإنما كان للسيد أقل الأمرين لأن الغرة إن كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته، لأنه حصل بالحرية، فلا يستحق السيد منها شيئاً، وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها، لأنه بسبب ذلك ضمن؛ وأن ضرب الواطىء بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً، ولا يرث منها شيئاً، وللسيد أقل الأمرين كما ذكرنا. وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملاً فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها، لأن تلفها بسبب منه، وإن ملكها الواطىء لم تصر بذلك أم ولد على

---

(١) الغرة: عبد أو أمة.

الصحيح من المذهب لأنها علقت منه في غير ملكه، فأشبه الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولد بهذا.

فصل: إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح، لأنه باع ملك غيره بغير إذنه، وعلى المشتري رده على البائع الأول لأنه مالك؛ ولبائعه أخذه حيث وجده ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه، ويرجع الأول على بائعه، فإن تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما، لأن الأول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه، فكان ضامناً، فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الأول لأن التلف في يده، فاستقر الضمان عليه، فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثاني.

فصل: وإن زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد إلى ما كان عليه أو ولدت الأمة في يد المشتري ثم مات ولدها، احتمل أن يضمن تلك الزيادة، لأنها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المغصوب، واحتمل أن لا يضمنها. لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض. فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده. فإن تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها وإلا فلا. وإن تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين أتلف. قال القاضي: وهذا ظاهر كلام أحمد.

فصل: إذا باع بيعاً فاسداً وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع. وللمشتري أسوة الغرماء، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء، لأنه في يده. فكان أحق به كالمرتهن.

ولنا: إنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به. كما لو كان وديعة عنده. بخلاف المرتهن، فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه.

فصل: إذا قال: بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة، فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد، لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري، فإذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح، لأنه لا يملك المنع والثمن على غيره، ولا يشبه هذا ما لو قال: أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة. لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد، ولذلك لم يجز في النكاح. أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك، فلا يثبت لمن العوض على غيره، وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان.

فصل: والعربون في البيع: هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع، يقال: عربون، وأربون، وعربان وأربان، قال أحمد: لا بأس به، وفعله عمر رضي الله عنه، وعن ابن عمر:

أنه أجازه، وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً، وقال أحمد: هذا في معناه، واختار أبو الخطاب أنه لا يصح، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، ويروي ذلك عن ابن عباس والحسن، لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع العربون» رواه ابن ماجة. ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي. ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً. وهذا هو القياس، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث «أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية. فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا» قال الأثرم: قلت لأحمد تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه. وضعف الحديث المروي. روى هذه القصة الأثرم بإسناده، فأما إن دفع إليه قبل البيع درهماً وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدىء وحسب الدرهم من الثمن صح. لأن البيع خلا عن الشرط المفسد، ويحتمل أن الشراء الذي اشتري لعمر كان على هذا الوجه. فيحمل عليه جمعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون. وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم. لأنه يأخذه بغير عوض، ولصاحبه الرجوع فيه. ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله. لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء. ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة.

مسألة: قال: (وإذا قال: بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا. لم ينعقد البيع ،وكذلك إن باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه).

وجملته: أن البيع بهذه الصفة باطل. لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به. والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة. قال أحمد: هذا معناه، وقد روى أبو هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة» أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، وروي أيضاً عن عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ، وهكذا كل ما كان في معنى هذا. مثل أن يقول: بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا، أو على أن تبيعني دارك، أو على أن أؤجرك، أو على أن تؤجرني كذا، أو على أن تزوجني ابنتك، أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا. فهذا كله لا يصح، قال ابن مسعود «الصفقتان في صفقة ربا» وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء. وجوزه مالك وقال: لا ألتفت إلى اللفظ الفاسد إذا كان معلوماً حلالاً. فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير.

ولنا: الخبر وأن النهي يقتضي الفساد. ولأن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد. لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط. فإذا فات فات الرضا به، ولأنه شرط عقداً في عقد لم يصح كنكاح الشغار، وقوله: «لا ألتفت إلى اللفظ» لا يصح. لأن البيع هو اللفظ. فإذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق. والله أعلم.

فصل: وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر: وهو أن يقول: بعتك هذا العبد بعشرة نقداً، أو بخمسة عشر نسيئة، أو بعشرة مكسرة، أو تسعة صحاحاً. هكذا فسره مالك والثوري وإسحاق وهو أيضاً باطل. وهو قول الجمهور لأنه لم يجزم له ببيع واحد. فأشبه ما لو قال بعتك هذا أو هذا. ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول. ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم. فلم يصح كما لو قال بعتك أحد عبيدي. وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا: لا بأس أن يقول: أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا. فيذهب على أحدهما. وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد. فكأن المشتري قال: أنا آخذه بالنسيئة بكذا. فقال: خذه، أو قد رضيت ونحو ذلك. فيكون عقداً كافياً، وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب أو يدل عليه لم يصح لأن ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً لما ذكرناه، وقد روي عن أحمد فيمن قال: إن خطته اليوم فلك درهم. وإن خطته غداً فلك نصف درهم: أنه يصح. فيحتمل أن يلحق به هذا البيع، فيخرج وجهاً في الصحة. ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن العقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيها الجهالة، بخلاف البيع ولأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفقتين. فتتعين الأجرة المسماة عوضاً له. فلا يفضي إلى التنازع وههنا بخلافه.

فصل: ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه. فهو محرم والبيع باطل. وهذا مذهب مالك والشافعي. ولا أعلم فيه خلافاً، إلا أن مالكاً قال: إن ترك مشترط السلف السلف صح البيع.

ولنا: ما روى عبدالله بن عمرو «أن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما لم يقبض، وعن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف» أخرجه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح، وفي لفظ: «لا يحل بيع وسلف» ولأنه اشترط عقداً في عقد. ففسد كبيعتين في بيعة. ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله، فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض وربحاً له. وذلك ربا محرم ففسد، كما لو صرح به. ولأنه بيع فاسد فلا يعود صحيحاً، كما لو باع درهماً بدرهمين ثم ترك أحدهما.

فصل: وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الإجارة، نحو أن يقول: بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهماً، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف، أو باعه سيفاً محلى بالذهب بفضة، أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما. لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين. وهذا أحد قولي الشافعي وقال أبو الخطاب في ذلك وجه آخر إنه لا يصح. وهو القول الثاني للشافعي. لأن حكمهما مختلف. فإن المبيع يضمن بمجرد البيع، والإجارة بخلافه. والأول أصح. وما ذكروه يبطل بما إذا باع شقصاً وسيفاً. فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر. فأما إن جمع بين الكتابة والبيع، فقال. كاتبتك وبعتك عبدي هذا بألف كل شهر مائة لم يصح. لأن المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئاً. ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن، وإذا بطل البيع، فهل يصح في الكتابة بقسطها؟ فيه روايتان. نذكرهما في تفريق الصفقة. وسوى أبو الخطاب بين هذه الصور وبين الصور التي قبلها، فقال: في الكل وجهان، والذي ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى.

فصل: في تفريق الصفقة. ومعناه: أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد. وهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يبيع معلوماً ومجهولاً، كقوله: بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف. فهذا البيع باطل بكل حال. ولا أعلم في بطلانه خلافاً لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته. والمعلوم مجهول الثمن. ولا سبيل إلى معرفته. لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما. والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط.

الثاني: أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه، وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ففيه وجهان:

أحدهما: يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه.

والثاني: لا يصح فيهما. وأصل الوجهين: أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين. **إحداهما**: يفسد فيهما. **والثانية**: يصح في الحرة. **والأولى** أنه يصح فيما يملكه. وهو قول مالك وأبي حنيفة. وهو أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: لا يصح. وهو قول أبي ثور. لأن الصفقة جمعت حلالاً وحراماً. فغلب التحريم. ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل، كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين.

ولنا: إن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً. فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه، كما لو باع شقصاً وسيفاً. لأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح، كما لو انفرد. ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين، وامتنع حكمه في أحد المحلين لثبوته عن قبوله. فيصح في الآخر، كما لو أوصى بشيء لآدمي وبهيمة، وأما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر. فلذلك فسد فيهما. وههنا بخلافه.

القسم الثالث: أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء. كعبد وحر وخل وخمر وعبد غيره وعبد حاضر وآبق. فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه. وفي الآخر روايتان. نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدين. فأبطل الصداق فيهما جميعاً، وللشافعي قولان كالروايتين. وأبطل مالك العقد فيهما إلا أن يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه. ويقف في ملك غيره على الإجازة، ونحوه قول أبي حنيفة. فإنه قال: إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو إجماع كالحر والخمر لم يصح العقد فيهما وإن لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيما بملكه، لأن ما اختلفت فيه يمكن أن يلحقه حكم الإجازة بحكم حاكم بصحة بيعه. وقال أبو ثور: لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ولأن الثمن مجهول. لأنه إنما يتبين بالتقسيط للثمن على القيمة، وذلك مجهول في الحال. فلم لا يصح البيع به كما لو قال: بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصة من رأس المال. ولأنه لو صرح به فقال: بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح. فكذلك إذا لم يصرح، وقال من نصر الرواية الأولى: إنه متى سمى ثمناً في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة، كما لو وجد بعض المبيع معيباً فأخذ أرشه، والقول بالفساد في هذا القسم إن شاء الله أظهر والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة. لأنها ليست عقود معاوضة. فلا توجد جهالة العوض فيها.

فصل: وإن وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم ينفسخ العقد في الباقي. رواية واحدة. ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن. لأن العقد وقع صحيحاً. فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد المبيعين معيباً فرده، أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع.

فصل: وإن كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعاهما صفقة واحدة بثمن واحد، أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد. ففيه وجهان:

أحدهما: يصح فيهما. ويتقسط العوض على قدر قيمتها. وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي. لأن جملة الثمن معلومة. فصح، كما لو كانا لرجل واحد، وكما لو باعا عبداً واحداً لهما أو قفيزين من صبرة واحدة.

والثاني: لا يصح. لأن كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن. وهو مجهول على ما قدمنا. وفارق ما إذا كانا لرجل واحد. فإن جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط، والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء. فلا جهالة فيه.

فصل: ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له. لأنه دخل على بصيرة. وإن لم يعلم، مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه، أو عبدين فتبين أنه لا يملك إلا أحدهما. فله الخيار بين الفسخ والإمساك. لأن الصفقة تبعضت عليه. وأما البائع فلا خيار له. لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه. ولو وقع العقد على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما فتلف أحدهما قبل قبضه، فقال القاضي: للمشتري الخيار بين إمساك الباقي بحصته وبين الفسخ. لأن حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد. بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به.

مسألة: قال: (ويتجر الوصي بمال اليتيم. ولا ضمان عليه. والربح كله لليتيم. فإن أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه).

وجملته: أن لولي اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيباً من الربح، أباً كان أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم. وهو أولى من تركه. وممن رأى ذلك: ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي. ويروى إباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك. ولا نعلم أحداً كرهه، إلا ما روي عن الحسن. ولعله أراد اجتناب المخاطرة به. ولأن خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى. لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص: أن النبي ﷺ قال: «من ولي يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع. ولأن ذلك أحظ للمولى عليه، لتكون نفقته من فاضله وربحه، كما يفعله البالغون في أموالهم وأموال من يعز عليهم من أولادهم، إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة. ولا يدفعه إلا الأمين ولا يغرر بماله. وقد روي عن عائشة رضي الله عنها «أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر»[1] فيحتمل أنه كان في موضع مأمون قريب من الساحل. ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها إن هلك غرمته. فمتى اتجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم. وأجاز الحسن بن صالح

(١) أي جعلته بضاعة في البحر أي سمحت بالمتاجرة في ماله بطريق البحر.

وإسحاق أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه. لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره. فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه. والصحيح ما قلنا. لأن الربح نماء مال اليتيم. فلا يستحقه غيره إلا بعقد. ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه. فأما إن دفعه إلى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه، أي اتفقا عليه في قولهم جميعاً لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته. وهذا فيه مصلحته. فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله.

فصل: ويجوز لولي اليتيم إبضاع ماله. ومعناه: دفعه إلى من يتجر به والربح كله لليتيم، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها «أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر» ولأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوفر الربح أولى. ويجوز أن يشتري له العقار. لأنه مصلحة له. فإنه يحصل منه الفضل ويبقى الأصل، والغرر فيه أقل من التجارة. لأن أصله محفوظ ويجوز أن يبني له عقاراً. لأنه في معنى الشراء، إلا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه. وإذا أراد البناء بناه بما يرى الحظ في البناء به. وقال أصحابنا: يبنيه بالآجر والطين. ولا يبني باللبن. لأنه إذا هدم لا مرجوع له، ولا بجص لأنه يلتصق بالآجر فلا يتخلص منه. فإذا هدم فسد الآجر. لأن تخليصه منه يفضي إلى كسره، وهذا مذهب الشافعي. والذي قلناه أولى إن شاء الله تعالى، فإنه إذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع حظه وماله. ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء. ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج إليه، مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به. فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل. وقول أصحابنا يختص من عادتهم البناء بالآجر كالعراق ونحوها. فلا يصح في حق غيرهم.

فصل: ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة. لأننا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ. فيكون بيعه تفويتاً للحظ. فإن احتيج إلى بيعه جاز. نقل أبو داود عن أحمد: يجوز للوصي بيع الدور على الصغار إذا كان نظراً لهم. وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق. قالوا: يبيع إذا رأى الصلاح. قال القاضي: لا يجوز إلا في موضعين.

أحدهما: أن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه وليس له ما تندفع به حاجته.

الثاني: أن يكون في بيعه غبطة. وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل قال أبو الخطاب: كالثلث ونحوه، أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب، أو نحوه. وهذا مذهب الشافعي، وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم. ولا يختص بما ذكروه. وقد يرى الولي الحظ في غير هذا، مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه، أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره.

وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره، فيبيعها ويشتري له بثمنها داراً يصلح له المقام بها وأشباه هذا مما لا ينحصر. وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وإن دفع فيه مثلاً ثمنه، إما لحاجته إليه وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله، فيضيع الثمن ولا يبارك فيه. فقد جاء عن النبي ﷺ «من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه» فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكروه في الجواز ولا في المنع. بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه وإلا فلا.

فصل: ويجوز لولي اليتيم كتابة رقيق اليتيم وإعتاقه على مال إذا كان الحظ فيه، مثل أن تكون قيمته ألفاً فيكاتبه بألفين أو يعتقه بألفين. فإن لم يكن فيها حظ لم يصح. وقال مالك وأبو حنيفة: لا يجوز إعتاقه. لأن الإعتاق بمال تعليق له على شرط. فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار. وقال الشافعي: لا تجوز كتابته ولا إعتاقه لأن المقصود منهما العتق دون المعاوضة. فلم تجز كالإعتاق بغير عوض.

ولنا: إنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعه. ولا عبرة بنفع العبد، ولا يضره كونه تعليقاً. فإنه إذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره، ولا كون العتق حصل بالتعليق. وفارق ما قاسوا عليه. فإنه لا نفع فيه فمنع منه لعدم الحظ وانتفاء المقتضي لا لما ذكروه. ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً. ويتوجه أن يصح: قال أبو بكر: يتوجه العتق بغير عوض للحظ، مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعين، ولو أفردت إحداهما ساوت مائتين. ولا يمكن إفرادها بالبيع فيعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها.

فصل: قال أحمد: ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية إذا كان له مال يعني مالاً كثيراً لا يتضرر بشراء الأضحية. فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو عيد ويوم فرح وفيه جبر قلبه وتطييبه وإلحاقه بمن له أب فينزل منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استحباب التوسعة في هذا اليوم وجرى العادة فيها بدليل قول النبي ﷺ: «إنها أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل» رواه مسلم. ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الأدم فهو أولى. وإن كان إفراده أرفق به أفرده لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠] أي ضيق عليكم وشدد من قولهم: أعنت فلان فلاناً إذا ضيق عليه وشدد. وعنت الرجل إذا ضلعت[1]. ويجوز للوصي ترك الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم. وحكي لأحمد قول سفيان: لا يسلم الوصي الصبي إلا

---

(١) ضلعت أي اعوجت.

بإذن الحاكم. فأنكر ذلك. وذلك لأن المكتب من مصالحه. فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه وملبوسه. وكذلك يجوز له إسلامه في صناعة إذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه.

فصل: وإذا كان الولي موسراً. فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً إذا لم يكن أباً لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦] وإن كان فقيراً فله أقل الأمرين: من أجرته، أو قدر كفايته، لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً. فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجدا فيه. فإذا أكل منه ذلك القدر ثم أيسر فإن كان أباً لم يلزمه عوضه رواية واحدة. لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وإن كان غير الأب فهل يلزمه عوض ذلك؟ على روايتين.

إحداهما: لا يلزمه. وهو قول الحسن والنخعي. وأحد قولي الشافعي لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض. فأشبه سائر ما أمر بأكله. ولأنه عوض من عمله فلا يلزمه بدله كالأجير والمضارب.

والثانية: يلزمه عوضه، وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية، لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره. فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره. والأول أصح. لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار فإن اليسار ليس بسبب للوجوب فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده. وفارق المضطر. فإن العوض واجب عليه في ذمته ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه.

فصل: فأما قرض مال اليتيم: فإذا لم يكن فيه حظ له لم يجز قرضه فمتى أمكن الولي التجارة به أو تحصيل عقار له فيه الحظ لم يقرضه. لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم. وإن لم يمكن ذلك. وكان قرضه حظاً لليتيم جاز. قال أحمد: لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر، وقيل لأحمد: إن عمر استقرض مال اليتيم. قال: إنما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه بشيء غرمه، قال القاضي: ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلده فيريد نقله إلى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده، يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو نحوهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها. فيقرضه خوفاً أن يسوس أو تنقص قيمته. وأشباه هذا. فيجوز القرض لأنه مما لليتيم فيه الحظ فجاز كالتجارة به. وإن لم يكن فيه حظ وإنما قصد إرفاق المقترض وقضاء حاجته. فهذا غير جائز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته. وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله وقرضه لثقة أمين أولى من إيداعه لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه. لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع إمكان قرضه جاز. ولا ضمان عليه. فإنه ربما رأى الإيداع أحظ له من القرض. فلا يكون مفرطاً. وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا

لمليء أمين، ليأمن جحوده وتعذر الإيفاء وينبغي أن يأخذ رهناً إن أمكنه. وإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد. لأن الظاهر ممن يستقرضه من أجل حظ اليتيم: أنه لا يبذل رهناً. فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ. وقال أبو الخطاب: يقرضه إذا أخذ بالقرض رهناً. فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برهن. لأن فيه احتياطاً للمال وحفظاً له عن الجحد والمطل. وإن أمكنه أخذ الرهن فالأولى له أخذه احتياطاً على المال وحفظاً له فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع المال لتفريطه. واحتمل أن لا يضمن. لأن الظاهر سلامته. وهذا ظاهر كلام أحمد. لكونه لم يذكر الرهن.

فصل: قال أبو بكر: وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه، على روايتين. لأنه متصرف بالإذن في مال غيره. فأشبه الوكيل وقال القاضي: يجوز ذلك للوصي. وفي الوكيل روايتان. وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه.

فصل: وإذا ادعى الولي الإنفاق على الصبي، أو على ماله، أو عقاره بالمعروف من ماله، أو ادعى أنه باع عقاره لحظه، أو بناه لمصلحته، أنه تلف قبل قوله. وقال أصحاب الشافعي: لا يمضي الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينة. ولا يقبل قولهما في ذلك. ويقبل قول الأب والجد.

ولنا: إن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجد. ولأنه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار. فيقبل قوله في العقار كالأب. وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لا حظ له في البيع لم يقبل إلا ببينة. فإن لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه. وإن قال الولي: أنفقت عليك منذ ثلاث سنين، وقال الغلام ما مات أبي إلا منذ سنتين فالقول قول الغلام. ذكره القاضي: لأن الأصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل.

فصل: قال أحمد: يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ إذا كان من طريق النظر. وقال أصحابنا: يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار إذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه إضرار وبالصغار حاجة إلى البيع إما لقضاء دين أو مؤنة لهم. وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه: ولعلهما أرادا هذه الصورة. لأن في ذلك نظراً للصغار واحتياطاً للميت في قضاء دينه. وقال الشافعي: لا يصح بيعه على الكبار. لأنه تصرف في مال غيره من غير وكالة. ولا ولاية، فلم يصح كبيع ماله المفرد، أو ما لا تضر قسمته. وهذا هو الصحيح وما ذكروه لا أصل له يقاس عليه. ويعارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع ما لهم بغير إذنهم. ولأنه لا يجوز له بيع غير العقار. فلم يجز له بيع العقار كالأجنبي.

فصل: ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين. وهو قول أبي حنيفة.

والثانية: لا يصح حتى يبلغ. وهو قول الشافعي. لأنه غير مكلف أشبه غير المميز ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه وتزايده تزايداً خفي التدريج. فجعل الشارع له ضابطاً، وهو البلوغ. فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْداً فَٱدْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[النساء: ٦] ومعناه: اختبروهم لتعلموا رشدهم. وإنما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف إليهم من البيع والشراء، وليعلم هل يغبن أو لا. ولأنه عاقل مميز محجور عليه فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد، وفارق غير المميز، فإنه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته، ولا حاجة إلى اختباره. لأنه قد علم حاله. وقولهم: «إن العقل لا يمكن الاطلاع عليه» قلنا: يعلم ذلك بآثار وجريان تصرفاته على وفق المصلحة، كما يعلم في حق البالغ. فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه وصحة تصرفه، كذا هاهنا. فأما إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على إجازة الولي. وهو قول أبي حنيفة. ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه. وقد ذكرناها فيما مضى. وأما غير المميز فلا يصح تصرفه وإن أذن له الولي فيه إلا في الشيء اليسير، كما روى عن أبي الدرداء «أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله» ذكره ابن أبي موسى.

مسألة: قال: (وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه، فإن جاوز ما استدان قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته، إلا أن يكون مأذوناً له في التجارة. فيلزم مولاه جميع ما استدان).

في هذه المسألة أربعة فصول:

أحدها: في استدانة العبد، يعني أخذه بالدين: يقال: أدان واستدان وتدين قال الشاعر:

يؤنبني في الدين قومي، وإنما ... تدينت فيما سوف يكسبهم حمدا

والعبيد قسمان: محجور عليه. فما لزمه من الدين بغير رضى سيده مثل أن يقترض أو يشتري شيئاً في ذمته. ففيه روايتان:

إحداهما: يتعلق برقبته. اختارها الخرقي وأبو بكر. لأنه دين لزمه بغير إذن سيده. فتعلق برقبته كأرش جنايته.

والثانية: يتعلق بذمته يتبعه الغريم به إذا أعتق وأيسر. وهذا مذهب الشافعي. لأنه متصرف في ذمته بغير إذن سيده. فتعلق بذمته كعوض الخلع من الأمة وكالحر.

القسم الثاني: المأذون له في التصرف أو في الاستدانة. فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته؟ على روايتين، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه، وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته، يتبع به إذا عتق وأيسر. لأنه دين ثبت برضى من له الدين. أشبه غير المأذون له. فوجب أن لا يتعلق برقبته. كما لو استقرض بغير إذن سيده، وقال أبو حنيفة: يباع إذا طالب الغرماء بيعه. وهذا معناه: أنه تعلق برقبته. لأنه دين ثبت برضى من له الدين فيباع فيه كما لو رهنه.

ولنا: إنه إذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته؟ وأذن فيها فصار ضامناً. كما لو قال لهم: داينوه، أو أذن في استدانة تزيد على قيمته. ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه، مثل أن أذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره. فإنه لا ينفك عن التغرير. إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضاً.

الفصل الثاني: فيما لزمه من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته فهذا يتعلق برقبة العبد على كل حال مأذوناً أو غير مأذون. رواية واحدة. وبه يقول أبو حنيفة والشافعي؛ وكل ما يتعلق برقبته فإن السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه؛ فإن سلمه فبيع، وكان ثمنه أقل من أرش جنايته، فليس للمجني عليه إلا ذلك. لأن العبد هو الجاني. فلا يجب على غيره شيء. وإن كان ثمنه أكثر فالفضل لسيده: وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد: أن السيد لا يرجع بالفضل. ولعله يذهب إلى أن دفعه إليه عوضاً عن الجناية. فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضاً عن الجناية. وهذا ليس بصحيح فإن المجني عليه لا يستحق أكثر من قدر أرش الجناية عليه، كما لو جنى عليه حر، والجاني لا يجب عليه أكثر من قدر جنايته. ولأن الحق تعلق بعينه. فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم: إنه دفعه عوضاً. لأنه لو كان عوضاً لملكه المجني عليه. ولم يبع في الجناية. وإنما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد إليه الباقي، ولذلك لو أتلف درهماً لم يبطل حق سيده منه بذلك لعجزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه. وإن اختار السيد فداءه لزمه أقل الأمرين: من قيمته أو أرش جنايته. لأن أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره. وإنما تجب قيمته. وإن كان أقل فلم يجب بالجناية إلا هو. وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه أرش جنايته بالغاً ما بلغ.

لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من ثمنه. فإذا منع بيعه لزمه جميع الأرش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين.

الفصل الثالث: في تصرفاته. أما غير المأذون: فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال. لأنه تصرف من المحجور فيما حجر عليه فيه. فأشبه المفلس. ولأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه. فهو كتصرف الفضولي. ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كذلك. وأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لأنه محجور عليه أشبه السفيه. ويحتمل أن يصح لأن الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ويتفرغ عن هذين الوجهين: أن التصرف وإن كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقياً سواء كان في يد العبد أو السيد، وإن كان تالفاً فله قيمته أو مثله. إن كان مثلياً، فإن تلف في يد السيد رجع بذلك عليه، لأن عين ماله تلف في يده، وإن شاء كان ذلك متعلقاً برقبة العَبد، لأنه الذي أخذه منه. وإن تلف في يد العبد فالرجوع عليه، وهل يتعلق برقبته أو ذمته؟ على روايتين. وإن قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع، وللمقرض الرجوع فيما أقرض. لأنه قد تحقق إعسار المشتري والمقترض. فهو أسوأ حالاً من الحر المعسر. وإن كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك وله ذلك. لأنه أخذ من عبده مالاً في يده بحق فهو كالصيد. فإذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد، ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال. وإن كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته، سواء تلف في يد العبد أو السيد.

وأما العبد المأذون له: فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه. لا نعلم فيه خلافاً. ولا يصح فيما زاد. نص عليه أحمد. وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إذا أذن له في نوع انفك الحجر عنه. وجاز له التصرف مطلقاً. لأن الحجر لا يتجزأ. فإذا زال بعضه زال كله.

ولنا: أنه متصرف بالإذن. فاختص تصرفه بمحل الإذن كالوكيل وقولهم: إن الحجر لا يتجزأ لا يصح. فإنه لو صرح بالإذن له في بيع عين ونهيه عن بيع أخرى صح. وكذلك في الشراء كالوكيل وإن أذن له السيد في ضمان أو كفالة ففعل صح، وهل يتعلق بذمة السيد أو رقبة العبد؟ على وجهين، وإن رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر بذلك مأذوناً له.

الفصل الرابع: في تصرفاته، إن كان مأذوناً له في التجارة، قبل إقراره في قدر ما أذن له، ولم يقبل فيما زاد. ولا يقبل إقرار غير المأذون له بالمال. فإن أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لأنه يقر بحق على غيره فلم يقبل، كما لو أقرّ أن سيده باعه. ويثبت ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق، وإن أقر بجنايته استوى في ذلك المأذون له وغيره. وينقسم ذلك أقساما أربعة:

أحدها: جناية موجبها المال كإتلافه أو جناية خطأ أو شبه عمد، أو جناية عمد فيما لا قصاص فيه، كالجائفة ونحوها فلا يقبل إقراره بها، لأنه إقرار بالمال، فلم يقبل كما لو أقر بدراهم أو دنانير.

القسم الثاني: جناية موجبها حد سوى السرقة أو قصاص فيما دون النفس فيقبل إقراره بذلك. وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي. وقال زفر وداود والمزني وجرير: لا يقبل. لأنه يسقط به حق السيد. فلا يقبل كالإقرار بجناية الخطأ.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه «أنه قطع يد عبد بإقراره بالسرقة، وجلد عبداً أقر عنده بالزنا نصف الحد» ولا مخالف له في الصحابة. فكان إجماعاً ولأن ما لا يقبل إقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه إقرار العبد كالطلاق. ولأن العبد غير متهم فيه لأن ضرره به أخص وهو بألمه أمس. فقبل إقراره كما لو أقرت به الزوجة. وخرج على هذين المعنيين جناية الخطأ. فإن إقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها.

القسم الثالث: إقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع، ولا يقبل في المال، سواء كانت العين تالفة أو باقية في يد السيد، أو في يد العبد، وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يقطع إذا أقر بسرقة عين موجودة في يده. وبهذا قال أبو حنيفة، لأن العين محكوم بها لسيده. فلا يقطع بسرقة عين لسيده. ولأن المطالبة بالمسروق شرط في القطع. وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها. ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

ولنا: خبر علي رضي الله عنه. ولأنه مقر بسرقة عين تبلغ نصاباً. فوجب قطعه، كما لو أقر حر بسرقة عين في يد غيره. وما ذكروه يبطل بهذه الصورة وإنما لم ترد العين إلى المسروق منه لحق السيد. وأما في حق العبد فقد يثبت للمقر له. ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده لزمه ردها إلى المقر له.

القسم الرابع: الإقرار بما يوجب القصاص في النفس. فروي عن أحمد: أنه لا يقبل. وعموم قول الخرقي: إن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك: يقتضي قبول إقراره. وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي. لأنه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل، كإقراره بقطع اليد، ولأنه أحد نوعي القصاص فقبل إقراره به كالآخر ولأنه لا يقبل إقرار سيده عليه به فقبل إقراره به كالحد. واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلاً، لأنه إقرار على مال سيده، ولأنه متهم. إذ يحتمل أن يكون عن مواطأة بينهما ليعفو على مال فيستحق رقبة العبد. ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافاً. فتركنا موجب القياس لخبر علي رضي الله عنه، ففيما عداه يبقى على موجب القياس. ويفارق القصاص في

النفس القصاص في الطرف. لأنه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولو بفوات نفسه. وكل موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص، فحكمه حكم الثابت بالبينة. فلولي الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال. فإن عفي تعلق الأرش برقبة العبد على ما مر بيانه. ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بمال.

مسألة: قال: (وبيع الكلب باطل، وإن كان معلماً).

لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل. أي كلب كان. وبه قال الحسن وربيعة وحماد والأوزاعي والشافعي وداود، وكره أبو هريرة ثمن الكلب. ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبدالله وعطاء والنخعي. وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ ثمنها. وعنه رواية في الكلب العقور. أنه لا يجوز بيعه. واختلف أصحاب مالك. فمنهم من قال: لا يجوز. ومنهم من قال: الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه ويكره. واحتج من أجاز بيعه بما روي عن جابر «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور، إلا كلب الصيد» ولأنه يباح الانتفاع به. ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار.

ولنا: ما روى أبو مسعود الأنصاري «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي وحلوان الكاهن» متفق عليه. وعن رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث» متفق عليهما. وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب، فإن جاء يطلبه فاملئوا كفه تراباً» رواه أبو داود ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه: أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين. أشبه الخنزير. فأما حديثهم فقال أحمد: هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف، وقال الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر. وقال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث. وقد روي عن أبي هريرة ولا يصح أيضاً، ويحتمل أنه أراد: ولا كلب صيد، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك. قال الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه لعمر أبيك إلا الفرقدان[1]

أي والفرقدان. ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد.

فصل: ولا تجوز إجارته. نص عليه أحمد. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يجوز لأنها منفعة مباحة. فجازت المعاوضة عنها كنفع الحمير.

ولنا: أنه حيوان محرم بيعه لخبثه. فحرمت إجارته كالخنزير. وقياسهم ينتقض بضراب الفحل. فإنها منفعة مباحة ولا يجوز إجارتها. ولأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه فكذلك إجارته،

(١) الفرقدان: نجمان في السماء لا يفارق أحدهما الآخر.

ولأن منفعته لا تضمن في الغصب. فإنه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لـذلك عـوض. فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة كنفع الخنزير.

فصل: وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه، لأنها نقـل لليد فيـه من غير عـوض. وتصح هبته لـذلك. وقـال القاضي: لا تصـح. لأنها تمليك في الحيـاة. أشبهت البيع. والأول أصح. ويفارق البيع. لأنه يؤخذ عوضه وهو محرم. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

مسألة: قال: (ومن قتله وهو معلم فقد أساء، ولا غرم عليه).

أما قتل المعلم فحرام، وفاعله مسيء ظالم، وكذلـك كل كلب مبـاح إمساكـه، لأنه محـل منتفع به يباح اقتناؤه فحرم إتلافه كالشاة، ولا نعلم في هذا خلافاً. ولا غـرم على قـاتله. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك وعطاء: عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم إتلافه.

ولنا: إنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه. فلم يجب غرمه بإتلافه كالخنزير، وإنما يحرم إتلافه لما فيه من الإضرار» وقد نهى النبي ﷺ عن الضرر والإضرار.

فصل: فأما قتل ما لا يباح إمساكه فإن الكلب الأسود البهيم يباح قتله لأنه شيطان. قال عبـدالله بن الصامت: سـألت أبا ذر فقلت: «مـا بال الأسـود من الأحمـر من الأبيض؟ فقـال: سـألت رسول الله ﷺ كـما سـألتني، فقـال: الكلب الأسـود شيـطان» رواه مسلم، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها. فاقتلوا منها كل أسـود بهيم» ويباح قتل الكلب العقور. لما روت عـائشة رضي الله عنهـا أن رسول الله ﷺ قـال: «خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرام: الغراب، والحدأة، والعقـرب، والفأرة، والكلب العقور» متفق عليه، ويقتل كل واحد من هذين وإن كـان معلماً للخبرين. وعـلى قياس الكلب العقـور كل ما آذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتـله لأنـه يؤذي بـلا نفـع أشبه الذئب، وما لا مضرة فيه لا يباح قتله لما ذكرنا من الخبر. وروي عن النبي ﷺ: «أنـه أمر بقتـل الكلاب حتى أن المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله. ثم نهى عن قتلها وقال: عليكم بـالأسود البهيم ذي الطفيتين[1]، فإنه شيطان» رواه مسلم.

فصل: ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد أو كلب ماشية أو حرث. لما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من اتخـذ كلباً إلا كلب صيـد أو ماشيـة أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط» وعن ابن عمر قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «من اقتنى كلبـاً إلا كلب صيد أو

(١) المعروف في الحديث، اقتلوا من الحيـات ذا الطفيتـين والأبتر، وأصـل الطفيـة: خوصـة المقل فكـأنه شبـه الخطين على ظهر الحية بالطفيتين.

ماشية فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان، قال سالم: وكان أبو هريرة يقول: أو كلب حرث» متفق عليه. وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر. ويحتمل الإباحة وهو قول أصحاب الشافعي. لأنه في معنى الثلاثة. فيقاس عليها. والأول أصح. لأن قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما يتناول الخبر تحريمه. قال القاضي: وليس هو في معناها فقد يحتال اللص لإخراجه بشيء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع. وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه. ولأن اقتناءه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء.

فصل: فأما تربية الجرو الصغير لأحد الأمور الثلاثة. فيجوز في أقوى الوجهين. لأنه قصده لذلك. فيأخذ حكمه، كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لمآله إلى الانتفاع. ولأنه لو لم يتخذ الصغير ما أمكن جعل الكلب للصيد. إذ لا يصير معلماً إلا بالتعليم: ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها، قال الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤] ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم.

والوجه الثاني: لا يجوز. لأنه ليس من الثلاثة.

فصل: ومن اقتنى كلباً للصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه. لأن ذلك لا يمكن التحرز منه. وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه أبيح له إمساك الكلب إلى أن يزرع زرعاً آخر. ولو هلكت ماشيته فأراد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها. فأما إن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز. لأن النبي ﷺ استثنى كلب الصيد مطلقاً. واحتمل المنع لأنه اقتناه لغير حاجة أشبه غيره من الكلاب، ومعنى كلب الصيد: أي كلب يصيد به. وهكذا الاحتمال لأن فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد. وليس له في الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصده ذلك، كما لو حصد الزرع وأراد أن يزرع غيره.

فصل: ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به. وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر، وعلى أن بيع الخنزير وشراءه حرام، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول: «إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» متفق عليه. ولا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد. كالأسد والذئب، وما لا يؤكل ولا يصاد به من الطير، كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين وبيضها فكل هذا لا يجوز بيعه لأنه لا نفع فيه فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل.

فصل: ولا يجوز بيع السرجين النجس[1] وبهذا قال مالك والشافعي: وقال أبو حنيفة: يجوز لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير. فكان إجماعاً.

ولنا: إنه مجمع على نجاسته. فلم يجز بيعه كالميتة. وما ذكروه فليس بإجماع، فإن الإجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد، ولأنه رجيع نجس فلم يجز بيعه. كرجيع الآدمي.

فصل: ولا يجوز بيع الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها. ولا نعلم في ذلك خلافاً. فإن النبي ﷺ قال: «قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» رواه البخاري.

مسألة: قال: (وبيع الفهد والصقر المعلم جائز. وكذلك بيع الهر. وكل ما فيه المنفعة).

وجملة ذلك: أن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف. وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى. لأن الملك لإطلاق التصرف. والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيح لغيره بذل ما له فيها توصلاً إليها ودفعاً لحاجته بها، كسائر ما أبيح بيعه، وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الأنعام والخيل والصيود، أو مختلفاً في نجاسته كالبغل والحمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالفهد والصقر والبازي والشاهين والعقاب والطير المقصود صوته كالهزار والبلبل والببغاء وأشباه ذلك. فكله يجوز بيعه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى: لا يجوز بيع الفهد والصقر ونحوهما. لأنها نجسة. فلم يجز بيعها كالكلب.

ولنا: إنه حيوان أبيح اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير وعيد في حبسه فأبيح بيعه كالبغل وما ذكراه يبطل بالبغل والحمار. فإنه لا خلاف في إباحة بيعها وحكمها حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة وإباحة الاقتناء والانتفاع. وأما الكلب فإن الشرع توعد على اقتنائه وحرمه إلا في حال الحاجة. فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ولأن الأصل الإباحة، بدليل قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولما ذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا. فبقي على أصل الإباحة. وأما الهر. فقال الخرقي: يجوز بيعها وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحماد والثوري ومالك والشافعي

---

(١) لشيخ الإسلام ابن تيمية في المسائل الماردينية كلام قيم على هذا. وأن بيعه جائز وأن في السرجين من المنفعة وحاجة الناس إليه، ما يدخل تحت قول الخرقي الآتي: وكل ما فيه المنفعة.

وإسحاق وأصحاب الرأي، وعن أحمد أنه كره ثمنها، وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد. واختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال: زجر النبي ﷺ عن ذلك، وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن السنور» قال الترمذي: هذا حديث حسن. وفي إسناده اضطراب.

ولنا: ما ذكرنا فيما يصاد به من السباع، ويحمل الحديث على غير المملوك منها أو ما لا نفع فيه منها. بدليل ما ذكرنا، ولأن البيع شرع طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي أن يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه فما يباح الانتفاع به ينبغي أن يجوز بيعه.

فصل: فإن كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجز بيعه. لعدم النفع به. وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه. لأن مآله إلى الانتفاع. فأشبه الجحش الصغير.

فصل: فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يجعلها شباشاً لتجتمع الطير إليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع: لأن ذلك مكروه لما فيه من تعذيب الحيوان. وكذلك اللقلق[1] ونحوه.

فصل: فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير. فإن كان مما لا نفع فيه لم يجز بيعه، طاهراً كان أو نجساً. وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخاً وكان طاهراً جاز بيعه. لأنه طاهر منتفع به. أشبه أصله وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه. وقال القاضي: لا يجوز بيعه. لأنه نجس لا ينتفع به في الحال. وهذا ملغي بفرخه وبالجحش الصغير.

فصل: قال أحمد: أكره بيع القرد، قال ابن عقيل: هذا محمول على بيعه للإطافة به واللعب. فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز: لأنه كالصقر والبازي. وهذا مذهب الشافعي. وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى: المنع من بيعه مطلقاً.

فصل: وفي بيع العلق التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف فتمص الدم. والديدان التي تترك في الشص فيصاد بها السمك وجهان:

أصحهما: جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك.

والثاني: لا يجوز. لأنها لا ينتفع بها إلا نادراً فأشبهت ما لا نفع فيه.

---

(١) اللقلق: طائر في صوته اضطراب.

فصل: ويجوز بيع دود القز وبزره، وقال أبو حنيفة في رواية عنه: إن كان مع دود القز قز جاز بيعه وإلا فلا، لأنه لا ينتفع بعينه. فهو كالحشرات وقيل لا يجوز بيع بزره.

ولنا: إن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه. أشبه البهائم، ولأن الدود وبزره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب، وقوله: لا ينتفع بعينه. يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى النتاج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلاً، فإن نفع هذه كثير، لأن الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا إنما يحصل منها.

فصل: ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعها منفردة. لما ذكر في دود القز.

ولنا: إنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الأنعام. واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها. فقال القاضي. لا يجوز لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها. ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعاً معها وهو مجهول. وقال أبو الخطاب: يجوز بيعها في كواراتها ومنفردة عنها، فإنه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها، ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء، فإن بعضه يكون على بعض. فلا يشاهد إلا ظاهره. والعسل يدخل في البيع تبعاً. فلا يضر جهالته، كأساسات الحيطان. فإن لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته.

فصل: ذكر الخرقي: أن الترياق لا يؤكل لأنه يقع فيه لحوم الحيات. فعلى هذا لا يجوز بيعه. لأن نفعه إنما يحصل بالأكل وهو محرم فخلا من نفع مباح: فلم يجز بيعه كالميتة، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الأفاعي[1] فأما السم من الحشائش والنبات فإن كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليله لم يجز بيعه لعدم نفعه وإن انتفع به وأمكن التداوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه. لأنه طاهر منتفع به أشبه بقية المأكولات.

فصل: ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ قولاً واحداً. قاله ابن أبي موسى، وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال: «إن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب» وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها مخلب أو بعض جلود السباع التي لها أنياب فإن بيعها أسهل. لأن النبي ﷺ إنما نهى عن أكل لحومها. والصحيح عنه: أنه لا يجوز وهذا ينبني على الحكم بنجاسة جلود الميتة. وأنها لا تطهر بالدباغ وقد ذكرنا ذلك في بابه.

---

(١) أكل الحيات غير محرم إجماعاً، بل أباحه مالك وغيره، فما ثبت عند الأطباء من نفع الترياق أو غيره من الأدوية التي دخل فيها سمها فهو مباح على أن المحرم لذاته يباح للضرورة، والمحرم لسد الذريعة يباح للحاجة، كما في أعلام الموقعين للمحقق ابن القيم.

فصل: فأما بيع لبن الآدميات فقال أحمد: أكرهه. واختلف أصحابنا في جوازه. فظاهر كلام الخرقي جوازه لقوله: وكل ما فيه المنفعة. وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي، وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه. وهو مذهب أبي حنيفة ومالك. لأنه مائع خارج من آدمية. فلم يجز بيعه كالعرق. ولأنه من آدمي، فأشبه سائر أجزائه، والأول أصح. لأنه لبن طاهر منتفع به، فجاز بيعه كلبن الشاة ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر. فأشبه المنافع. ويفارق العرق. فإنه لا نفع فيه. ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها. فإنه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه[١]

فصل: واختلفت الرواية في بيع رباع مكة وإجارة دورها. فروي أن ذلك غير جائز. وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد. وكرهه إسحاق لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ في مكة: «لا تباع رباعها ولا تكرى بيوتها» رواه الأثرم بإسناده. وعن مجاهد عن النبي ﷺ أنه قال: «مكة حرام بيع رباعها حرام إجارتها» وهذا نص رواه سعيد بن منصور في سننه. وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله ﷺ ذكره مسدد في مسنده، ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم. فكانت موقوفة. فلم يجز بيعها كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها والدليل على أنها فتحت عنوة: قول رسول الله ﷺ: «إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين، وإنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار» متفق عليه. وروت أم هانىء قالت: «أجرت حموين لي. فأراد علي أخي قتلهما، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إني أجرت حموين لي» فزعم ابن أمي علي أنه قاتلهما. فقال النبي ﷺ: قد أجرنا من أجرت، أو أمنا من أمنت يا أم هانىء» متفق عليه، ولذلك أمر النبي ﷺ بقتل أربعة، فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابة، وهذا يدل على أنها فتحت عنوة.

والرواية الثانية: أنه يجوز بيع رباعها وإجارة بيوتها، وروي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار. وهذا قول الشافعي وابن المنذر، وهو أظهر في الحجة. لأن النبي ﷺ لما قيل له: «أين تنزل غداً؟ قال: وهل ترك لنا عقيل من رباع؟» متفق عليه. يعني أن عقيلاً باع رباع أبي طالب، لأنه ورثه دون إخوته، لكونه كان على دينه دونهما، ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً، ولأن أصحاب النبي ﷺ كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع، ومنهم من ترك داره، فهي في يد أعقابهم، وقد باع

---

(١) مفهومه أنه يجوز بيعه إذا انتفع به؛ وهذا حاصل في عصرنا في الجلد تسلخ قطعة منه ويرقع بها البدن، وفي غير ذلك.

حكيم بن حزام دار الندوة. فقال ابن الزبير: «بعت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المكارم إلا التقوى» أو كما قال: واشترى معاوية دارين، واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف؛ ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر، فكان إجماعاً، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم إليهم فقال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن» وأقرهم في دورهم ورباعهم. ولم ينقل أحداً عن داره. ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم. وكذلك من بعده من الخلفاء. حتى أن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع، ولأنها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة. فجاز بيعها كسائر الأرض، وما روي من الأحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه، إلا أن النبي ﷺ أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم. فيدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم.

وعلى القول الأول: من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته، ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الأجرة فيه، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك، كما فعل عمر رضي الله عنه وكان أبو عبدالله إذا سكن أعطاهم أجرتها، فإن سكن بأجرة فأمكنه أن لا يدفع إليهم الأجرة جاز له ذلك، لأنهم لا يستحقونها، وقد روي أن سفيان سكن في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة، فأدركوه فأخذوها منه، وذكر لأحمد فعل سفيان فتبسم. فظاهر هذا: أنه أعجبه قال ابن عقيل: والخلاف في غير مواضع المناسك أما بقاع المناسك كموضع السعي والرمي. فحكمه حكم المساجد بغير خلاف.

فصل: ومن بنى بناء بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع أبنية الوقوف وأنقاضها، وإن كانت من تراب الحرم وحجارته انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة. لأنها تابعة لمكة، وهكذا تراب كل وقف وأنقاضه. قال أحمد: وأما البناء بمكة فإني أكرهه، قال اسحاق. البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل. وقد روي: «أن النبي ﷺ قيل ل . ألا تبني لك بمنى بيتاً؟ قال: منى مناخ لمن سبق».

فصل: قال أحمد: لا أعلم في بيع المصاحف رخصة. ورخص في شرائها وقال: الشراء. أهون. وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير وإسحاق. وقال ابن عمر: «وددت أن الأيدي تقطع في بيعها» وقال أبو الخطاب: يجوز بيع المصحف مع الكراهة: وهل يكره شراؤه وإبداله؟ على روايتين، ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي. لأن البيع يقع على الجلد والورق وبيع ذلك مباح.

ولنا: قول الصحابة رضي الله عنهم. لم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم، ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيانته عن البيع والابتذال[١] وأما الشراء فهو أسهل. لأنه استنقاذ للمصحف وبذل لما له فيه فجاز كما أجاز شراء رباع مكة واستئجار دورها من لا يرى بيعها ولا أخذ أجرتها. وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الأجرة إلى الحجام لا يكره مع كراهة كسبه. وإن اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل. وبه قال الشافعي. وأجازه أصحاب الرأي. وقالوا: يجبر على بيعه. لأنه أهل للشراء والمصحف محل له.

ولنا: إنه يمنع من استدامة الملك عليه. فمنع من ابتدائه كسائر ما يحرم بيعه وقد نهى النبي ﷺ عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو، مخافة أن تناله أيديهم. فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم إياه.

فصل: ولا يصح شراء الكافر مسلماً. وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد القولين وقال أبو حنيفة: يصح ويجبر على إزالة ملكه. لأنه يملك المسلم بالإرث. ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح شراؤه له كالمسلم.

ولنا: إنه يمنع استدامة ملكه عليه. فمنع ابتداءه كالنكاح، ولأنه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر. فلم يصح كالنكاح، والملك بالإرث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار. بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه. فلا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت ما دونه مع أننا نقطع الاستدامة عليه بمنعه منها وإجباره على إزالتها.

فصل: ولو وكل كافر مسلماً في شراء مسلم لم يصح الشراء. لأن الملك يقع للموكل. ولأن الموكل ليس بأهل لشرائه. فلم يصح أن يشتري له، كما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر وإن وكل المسلم كافراً يشتري له فاشتراه ففيه وجهان:

أحدهما: يصح. لأن المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم. والملك يثبت للمسلم ههنا. فلم يتحقق المانع.

والثاني: لا يصح. لأن ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد، والكافر في نكاح المسلمة، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلاً لذمي في شراء خمر.

---

(١) عجيب أن يشددوا في بيع المصحف لتوهمهم أنه ابتذال لكلام الله وليس فيه إلا المعاونة على نشر كتاب الله وتيسير النفع به. والذي يتواطؤون عليه من التقليد وتفريق الدين بهذه المذاهب وقتل العقول بهذه التفريعات التي لا توجد إلا في الخيال والوهم. والتزامهم مذهباً بعينه يدافعون عنه بكل قوة، ولو بالأحاديث الضعيفة. ويقول واحد لعله شذ فيه، أو لا يصح عنه، ثم يدعون أنه إجماع ـ أليس كل ذلك أولى بالتشدد في منعه والتحرج في بيع المصحف.

فصل: وإن اشترى الكافر مسلماً يعتق عليه بالقرابة كأبيه وأخيه صح الشراء وعتق عليه في قول بعض أصحابنا. وحكى فيه أبو الخطاب روايتين:

إحداهما: لا يصح. وهو قول بعض الأصحاب. لأنه شراب يملك به المسلم. فلم يصح كالذي لا يعتق عليه. ولأن ما منع من شرائه لم يبح له شراؤه وإن زال ملكه عقيب الشراء كشراء المحرم الصيد.

والثانية: يصح شراؤه. لأن المنع إنما ثبت لما فيه من إهانة المسلم بملك الكافر له. والملك ههنا يزول عقيب الشراء بالكلية. ويحصل من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الإهانة بالملك في لحظة يسيرة ويفارق من لا يعتق عليه. فإن ملكه لا يزول إلا بإزالته، وكذلك شراء المحرم للصيد فإنه لو ملكه لثبت ملكه عليه ولم يزل. ولو قال كافر لمسلم: أعتق عبدك عني وعلي ثمنه ففعل صح. لأن إعتاقه ليس بتمليك. وإنما هو إبطال للرق فيه. وإنما حصل الملك فيه حكماً فجاز، كما يملكه بالإرث حكماً. ولأن ما يحصل له بالحرية من النفع ينغمر فيه ما يحصل من الضرر بالملك فيصير كالمعدوم. وفيه وجه آخر: أنه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم.

فصل: ولو أجر مسلم نفسه لذمي لعمل في ذمته صح. لأن علياً رضي الله عنه أجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة. وأتى بذلك النبي ﷺ فأكله. وفعل ذلك رجل من الأنصار وأتى به النبي ﷺ فلم ينكره. ولأنه لا صغار عليه في ذلك. وإن استأجره في مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح. لأن فيه استيلاء عليه وصغاراً أشبه الشراء.

والثاني: يصح. وهو أولى. لأن ذلك عمل في مقابلة عوض. أشبه العمل في ذمته ولا يشبه الملك. لأن الملك يقتضي سلطاناً واستدامة وتصرفاً بأنواع التصرفات في رقبته بخلاف الإجارة.

فصل: ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم. وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: لا يحرم التفريق إلا بين الأم وولدها. لأن النبي ﷺ قال: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» رواه الترمذي وقال: حديث حسن. وقال: «لا توله والدة عن ولدها» فخصها بذلك. فدل على الإباحة فيما سواه. وقال الشافعي: يحرم بين الوالدين والمولودين وإن سفلوا، ولا يحرم بين من عداهم لأن القرابة التي بينهم لا تمنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض فلم يمنع التفريق في البيع كابني العم.

ولنا: ما روى أحمد في المسند حدثنا غندر حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبيع غلامين

أخوين، فبعتهما ففرقت بينهما. فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: أدركهما. فارتجعهما. ولا تبعهما إلا جميعاً» وروي عن أبي موسى أن النبي ﷺ قال: «لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والأخ وأخيه» ولأن بينهما محرماً فلم يجز التفريق بينهما كالولد مع أمه. ويفارق ابني العم. فإنه ليس بينهما رحم محرم.

فصل: فإن فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل وبه قال الشافعي فيما دون السبع، وقال أبو حنيفة: البيع صحيح. لأن النهي لمعنى في غير البيع، وهو الضرر اللاحق بالتفريق. فلم يمنع صحة البيع كالبيع في وقت النداء.

ولنا: حديث علي وأن النبي ﷺ أمره بردهما. ولو لزم البيع لما أمكن ردهما، وروى أبو داود في سننه «أن علياً فرق بين الأم وولدها فنهاه النبي ﷺ فرد المبيع» ولأنه بيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الخمر. ولا يصح ما قاله. فإن ضرر التفريق حاصل بالبيع. فكان لمعنى فيه. فأما تحديده بالسبع فإن عموم اللفظ يمنع ذلك. ولا يجوز تخصيصه بغير دليل وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز، وقال أبو الخطاب: فيه روايتان إحداهما: لا يجوز لعموم النهي.

والثانية: يجوز وهي الصحيحة. لما روي أن سلمة بن الأكوع «أتى أبا بكر بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها. فاستوهبها النبي ﷺ فوهبها له» «وأهدى إلى النبي ﷺ مارية وأختها سيرين فأعطى النبي ﷺ سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له» ولأنه بعد البلوغ يصير مستقلاً بنفسه. والعادة التفريق بين الأحرار. فإن المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرة وولدها إذا افترق الأبوان.

فصل: وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمرابي، فإن علم أن المبيع من حلال ماله فهو حلال، وإن علم أنه حرام فهو حرام، ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم. لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه فإن لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لإمكان الحلال قل الحرام أو كثر. وهذا هو الشبهة. وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقلتها، قال أحمد لا يعجبني أن يأكل منه. لما روى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس. فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه. ألا وإن لكل ملك حمى وحمى الله محارمه» متفق عليه. وهذا لفظ رواية مسلم، وفي لفظ رواية البخاري «فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك، ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان» وروى الحسن بن علي عن النبي ﷺ أنه قال: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» وهذا مذهب الشافعي.

فصل: والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب:

الأول: ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون[1] فلا يجوز شراؤها وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً لأن الأصل التحريم فلا يزول إلا بيقين أو ظاهر وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين والمجوس لم يجز شراؤها لذلك. والأصل فيه: حديث عدي بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك فخالط كلباً لم يسم عليها فلا تأكل. فإنك لا تدري أيها قتله» متفق عليه فأما إن كان ذلك في بلد الإسلام فالظاهر إباحتها. لأن المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع ما لا يحل بيعه ظاهراً.

والثاني: ما أصله الإباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أبنجاسة تغير أم بغيرها. فهو طاهر في الحكم. لأن الأصل الطهارة. فلا نزول عنها إلا بيقين أو ظاهر. ولم يوجد واحد منهما. والأصل في ذلك: حديث عبدالله بن زيد قال: «شكى إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» متفق عليه.

والثالث: ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام. فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرنا. وعملاً بما روي عن النبي ﷺ «أنه وجد تمرة ساقطة فقال: لولا أني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها» وهو من باب الورع.

فصل: وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان، وينكر على ولده وعمه قبولها. ويشدد في ذلك، وممن كان لا يقبلها، سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقي لا على أنها حرام، فإن أحمد قال: جوائز السلطان أحب إليّ من الصدقة. وقال ليس أحد من المسلمين، إلا وله في هذه الدراهم نصيب، فكيف أقول: إنها سحت؟ وممن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبدالله بن جعفر، ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي. واحتج بعضهم بأن النبي ﷺ «اشترى من يهودي طعاماً ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهودياً دعاه وأكل من طعامه وقد أخبر الله تعالى أنهم أكالون للسحت» وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «لا بأس بجوائز السلطان فإن ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام» وقال: «لا تسأل السلطان شيئاً وإن أعطى فخذ، فإن ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام». قال أحمد رحمه الله فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام: يتصدق بالثلاثة وإن كان معه مائتا درهم فيها عشرة حرام

---

(١) يدخل في ذلك كل أنواع الأطعمة كالحلوى وغيرها مما يصنع في أيام الأعياد الوثنية وأمكنتها باسم الأولياء، كما حقق ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية في كتاب اقتضاء الصراط المستقيم. وكتبه محمد حامد الفقي.

يتصدق بالعشرة. لأن هذا كثير وذاك قليل. فقيل له: قال سفيان: ما كان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج. قال: نعم لا يجحف به، قال القاضي: وليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على طريق الاختيار. لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل إخراج الكل، والواجب في الموضعين إخراج قدر الحرام والباقي مباح له. وهذا لأن تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به، فإذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه، وسواء كان قليلاً أو كثيراً، والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عن الحرام. ولا يحصل ذلك إلا بإخراج الجميع، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب، ثم يختلف هذا باختلاف الناس. فمنهم من لا يكون له إلا الدراهم اليسيرة فيشق إخراجها لحاجته إليها. ومنهم من يكون له مال كثير فيستغني عنها فيسهل إخراجها.

فصل: قد ذكرنا أن الظاهر من المذهب: لا يجوز بيع كل ماء عد كمياه العيون ونقع البئر في أماكنه قبل إحرازه في إنائه، ولا الكلأ في مواضعه قبل حيازته. فعلى هذا: متى باع الأرض وفيها كلأ أو ماء فلا حق للبائع فيه. وقد ذكرنا رواية أخرى: أن ذلك مملوك، وأنه يجوز بيعه. فعلى هذه الرواية: إن باع الأرض فذكر الماء والكلأ في البيع دخل فيه وإن لم يذكره كان الماء الموجود والكلأ للبائع. لأنه بمنزلة الزرع في الأرض. والماء أصل بنفسه. فهو كالطعام في الدار. فما يتجدد بعد البيع فهو للمشتري. وعلى هذه الرواية: إذا باع من هذا الماء آصعاً معلومة جاز لأنه كالصبرة، وإن باع كل ماء البئر لم يجز. لأنه يختلط بغيره، ولو باع من النهر الجاري آصعاً لم يجز، لأن ذلك الماء يذهب ويأتي غيره.

فصل: وعلى كلتا الروايتين: متى كان الماء التابع في ملكه أو الكلأ أو المعادن وفق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله. نص عليه. لأنه في ملكه، فإذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به كالطعام، وإنما توعد النبي ﷺ على منع فضل الماء. ولا فضل في هذا. ولأن عليه في بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت إليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض. ولكل واحد أن يتقدم إلى الماء ويشرب ويسقي ماشيته. وليس لصاحبه المنع من ذلك لما روى إياس بن عبدالله المزني: أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته» وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ نهى أن تسأل المرأة طلاق أختها. ونهى أن يمنع الماء مخافة أن يرعى الكلأ» يعني إذا كان في مكان كلأ وليس يمكنه الإقامة لرعيه إلا بالسقي من هذا الماء فيمنعهم السقي ليتوفر الكلأ عليه، وروى أبو عبيدة بإسناده عن عمر أنه قال: «ابن السبيل أول شارب» وعن بهيسة قالت: «قال أبي يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟

قال: الماء. قال: يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الملح، وليس عليه بذل آلة البئر من الحبل والدلو والبكرة لأنه يخلق ولا يستخلف غيره، بخلاف الماء وهذا كله هو الظاهر من مذهب الشافعي. ولا فرق فيما ذكرنا بين البنيان والصحارى، وعن أحمد أنه قال: إنما هذا في الصحارى والبرية دون البنيان، يعني أن البنيان إذا كان فيه الماء فليس لأحد الدخول إليه إلا بإذن صاحبه.

فصل: وهل يلزمه بذل فضل مائة لزرع غيره، فيه روايتان:

إحداهما: لا يلزم بذله. وهو مذهب الشافعي. لأن الزرع لا حرمة له في نفسه. ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية.

والثانية: يلزمه بذله لذلك، لما روي عن عبدالله بن عمرو «أن قيم أرضه بالوهط[1] كتب إليه يخبره أنه قد سقى أرضه وفضل له من الماء فضل يطلب بثلاثين ألفاً. فكتب إليه عبدالله بن عمرو: أقم قلدك ثم اسق الأدنى فالأدنى. فإني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع فضل الماء» قال أبو عبيد القلد[2] يوم الشرب. وفي المسند حدثنا حسن قال حدثنا حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء» وروى إياس بن عبدالله قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يمنع فضل الماء» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وفي لفظ: «نهى عن بيع الماء» ولأن في منعه فضل الماء إهلاكه فحرم منعه كالماشية، وقولهم: لا حرمة له.

قلنا: فلصاحبه حرمة فلا يجوز التسبب إلى إهلاك ماله، ويحمل أن يمنع نفي الحرمة عنه فإن إضاعة المال منهي عنها وإتلافه محرم. وذلك دليل على حرمته.

فصل: وإذا اشترى عبداً بمائة فقضاه عنه غيره صح، سواء قضاه بأمره أو غير أمره. فإن بان العبد مستحقاً لزم رد المائة إلى دافعها. لأننا تبينا أنه قبض غير مستحق. فكأن المائة لم تخرج من يد دافعها. وإن بان العبد معيباً فرده بالعيب أو بإقالة، أو أصدق امرأة إنسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله بها، أو ارتدت، فهل يلزم رد المائة إلى دافعها أو على المشتري والزوج؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: على الدافع. لأن القبض حصل منه. فالرد عليه كالتي قبلها.

والثاني: على الزوج والمشتري. لأن قضاءه بمنزله الهبة لهما. بدليل براءة ذمتها منه. والهبة المقروضة لا يجوز الرجوع فيها، وإن كان الدفع بإذن المشتري والزوج احتمل أن يكون الحكم

---

(١) الوهط: بستان ومال كان لعمرو بن العاص بالطائف وأصل الوهط جمع وهطة وهي الأرض المنخفضة.

(٢) القلد: الحظ من الماء.

فيه كما لو قضاه بغير إذنه إذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه. واحتمل أن يكون رده على الزوج والمشتري إذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال. لأن إذنهما في تسليمه إلى من له الدين عليهما إذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه. بخلاف ما إذا لم يأذن، وإن أذنا في دفع ذلك عنهما قرضاً فإن الرد يكون عليهما والمقرض يرجع عليهما بعوضه.

فصل: إذا قال العبد لرجل: ابتعني من سيدي ففعل، فبان العبد معتقاً. فالضمان على السيد نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة: إن كان السيد حاضراً حين غره العبد. وإن كان غائباً فالضمان على العبد لأن الضرر منه، ولنا: قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة. فكان الضمان عليه كما لو كان حاضراً، وإن بان العبد مغصوباً أو به عيب فرده فالضمان على السيد لما ذكرنا.

فصل: وإن اشترى اثنان عبداً. فغاب أحدهما وجاء الآخر يطلب نصيبه منه. فله ذلك. وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك. لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير إذنه.

ولنا: إنه طلب حصته فكان له ذلك كما لو أوجب لكل واحد منهما منفرداً. وما ذكروه يبطل بهذه الصورة. وإن قال الحاضر: أنا أدفع جميع الثمن ويدفع إلي جميع العبد. لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة: له ذلك.

ولنا: إن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ولا للبائع في دفعه إليه. فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين. فإن سلم إليه فتلف العبد فللغائب تضمين أيهما شاء. لأن الدافع فرط بدفع ماله بغير إذنه والشريك قبض مال غيره بغير إذنه. فإن ضمن الشريك لم يرجع على أحد. لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه. وإن ضمن الدافع رجع على القابض لذلك. ويقوى عندي: أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم إليه لما ذكرنا هاهنا.

فصل: ويستحب الإشهاد في البيع لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد. فكان أولى ويختص ذلك بما له خطر. فأما الأشياء القليلة الخطر، كحوائج البقال والعطار وشبههما. فلا يستحب ذلك فيها. لأن العقود تكثر فيشق الإشهاد عليها وتقبح إقامة البينة عليها والترافع إلى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير. وليس الإشهاد بواجب في واحد منها ولا شرطاً له. روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وأبي أيوب، وقالت طائفة: ذلك فرض لا يجوز تركه. وروي ذلك عن ابن عباس. وممن رأى الإسهاد على البيع:

عطاء وجابر بن زيد والنخعي. لظاهر الأمر، ولأنه عقد معاوضة فيجب الإشهاد عليه كالنكاح.

ولنا: قوله الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقال أبو سعيد: صار الأمر إلى الأمانة[١] وتلا هذه الآية، ولأن النبي ﷺ «اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه. واشترى من رجل سراويل، ومن أعرابي فرساً فجحده الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت» ولم ينقل أنه أشهد في شيء من ذلك، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق فلم يأمرهم بالإشهاد. ولا نقل عنهم فعله. ولم ينكر عليهم النبي ﷺ وكانوا يشهدون في كل بياعاتهم لما أخل بنقله، وقد أمر النبي ﷺ عروة بن الجعد «أن يشتري له أضحية» ولم يأمره بالإشهاد وأخبره عروة: أنه اشترى شاتين فباع إحداهما. ولم ينكر عليه ترك الإشهاد، ولأن المبايعة تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها. فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم، كما أمر بالرهن والكاتب. وليس بواجب. وهذا ظاهر.

فصل: ويكره البيع والشراء في المسجد. وبه قال إسحاق لما روى أبو هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا: لا أربح الله تجارتك. وإذا رأيتم من ينشد ضالة في المسجد فقولوا: لا ردها الله عليك» أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن غريب، ولأن المساجد لم تبن لهذا، ورأى عمران القصير رجلاً يبيع في المسجد فقال: هذه سوق الآخرة. فإن أردت التجارة فاخرج إلى سوق الدنيا» فإن باع فالبيع صحيح لأن البيع تم بأركانه وشروطه. ولم يثبت وجود مفسد له. وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية. وفي قول النبي ﷺ: «قولوا: لا أربح الله تجارتك» من غير إخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم.

---

(١) الآية لا حجة فيها على ما أراده، وإنما فيها الحث على تأدية الأمانة.

باب السلم

وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سلماً وسلفاً. يقال: أسلم وأسلف وسلف، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع. وبلفظ السلم والسلف، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه. وأذن فيه. ثم قرأ هذه الآية» ولأن هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه.

وأما السنة: فروى ابن عباس عن رسول الله ﷺ «أنهم قدموا المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث. فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» متفق عليه، وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال: «أرسلني أبو بردة وعبدالله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبدالله بن أبي أوفى، فسألتهما عن السلف؟ فقالا: كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت: أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك».

وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز. ولأن المثمن في البيع أحد عوضي العقد، فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن. ولأن بالناس

حاجة إليه. لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل. وقد تعوزهم النفقة، فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم[1] بالاسترخاص.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز).

وجملة ذلك: أن السلم لا يصح إلا بشروط ستة.

أحدها: أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً. فيصح في الحبوب والثمار والدقيق والثياب والإبريسم والقطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفر والنحاس والأدوية والطيب والخلول والأدهان والشحوم والألبان والزئبق والشب والكبريت والكحل وكل مكيل أو موزون أو مزروع، وقد جاء الحديث في الثمار. وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة والشعير والزبيب والزيت. وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز. قاله ابن المنذر. وأجمعوا على جواز السلم في الثياب. ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة، كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروزج والزبرجد والعقيق والبلور لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها. ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه. لأن ذلك يختلف، ولا بشيء معين لأن ذلك يتلف. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي. وحكي عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيئاً معلوماً وإن كان وزناً فبوزن معروف. والذي قلناه أولى لما ذكرنا. ولا يصح فيما يجمع أخلاطاً مقصودة غير متميزة كالغالية[2] والند والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها. ولا في الحوامل من الحيوان. لأن الولد مجهول غير متحقق، ولا في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط. لأن الصفة لا تأتي عليه. وفيه وجه آخر: أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله. لأن التفاوت في ذلك يسير، ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والعصب[3] والتوز. إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيه منها. وقيل يجوز السلم فيها والأولى ما ذكرنا، قال القاضي: والذي يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب.

أحدها: مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من قطن وكتان أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها. لأن ضبطها ممكن.

الثاني: ما خلطه لمصلحته. وليس بمقصود في نفسه كالإنفحة في الجبن والملح في العجين والخبز والماء في خل التمر والزبيب فيصح السلم فيه. لأنه يسير لمصلحته.

---

(١) المسلم: هو الذي دفع مال السلم.

(٢) الغالية: نوع جيد من الطيب. والند نوع من الطيب.

(٣) العصب شجر اللبلاد. والتوز نوع من أنواع الشجر.

الثالث: أخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والند والمعاجين فلا يصح السلم فيها. لأن الصفة لا تأتي عليها.

الرابع: ما خلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء. فلا يصح السلم فيه.

فصل: ويصح السلم في الخبز واللبأ وما أمكن ضبطه مما مسته النار. وقال الشافعي: لا يصح السلم في كل معمول بالنار. لأن النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك.

ولنا: قوله عليه السلام: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم» فظاهر هذا: إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة فصح السلم فيه، كالمجفف بالشمس فأما اللحم المطبوخ والشواء. فقال القاضي: لا يصح السلم فيه. وهو مذهب الشافعي لأن ذلك يتفاوت كثيراً وعادات الناس فيه مختلفة. فلم يمكن ضبطه. وقال بعض أصحابنا: يصح السلم فيه. لما ذكرنا في الخبز واللبأ.

فصل: ويصح السلم في النشاب والنبل. وقال القاضي: لا يصح السلم فيهما وهو مذهب الشافعي. لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وريش ونصل. فجرى مجرى أخلاط الصيادلة. ولأن فيه ريشاً نجساً. لأن ريشه من جوارح الطير.

ولنا: أنه مما يصح بيعه، ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً. فصح السلم فيه، كالخشب والقصب، وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به، ولا يتفاوت كثيراً. فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين. وقد يكون الريش طاهراً. وإن كان نجساً لكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه، كنجاسة البغل والحمار.

فصل: واختلفت الرواية في السلم في الحيوان. فروي لا يصح السلم فيه. وهو قول الثوري وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني. لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «إن من الربا أبواباً لا تخفى وإن منها السلم في السن» ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً. فلا يمكن ضبطه. وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن ـ مثل أزج الحاجبين، أكحل العينين، أقنى الأنف، أشم العرنين، أهدب[1] الأشفار، ألمى الشفة، بديع الصفة. تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفة. وظاهر المذهب: صحة السلم فيه. نص عليه في رواية الأثرم. قال ابن المنذر وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان: ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن

---

(١) كثير شعر الجفون. ألمى الشفة أي شفته سمراء.

والشعبي ومجاهد والزهري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور. وحكاه الجوزجاني عن عطاء والحكم. لأن أبا رافع قال: «استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً» رواه مسلم. وروى عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى مجيء الصدقة» وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا. ولأنه ثبت في الذمة صداقاً. فثبت في السلم كالثياب فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف. ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان. قال الشعبي: إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم. رواه سعيد. وقد روي عن علي «أنه باع جملاً له يدعى عصيفيراً بعشرين بعير إلى أجل» ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا.

فصل: واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع فنقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه قال: لا أرى السلم إلا فيما يكال أو يوزن أو يوقف عليه. قال أبو الخطاب: معناه يوقف عليه بحد معلوم لا يختلف، كالزرع فأما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه. وحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق: أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثاء والخيار. لأنه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير. فعلى هذه الرواية: لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سميناه، وكالبقول. لأنه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم. لأن الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر. ونقل إسماعيل بن سعيد وابن منصور: جواز السلم في الفواكه والسفرجل والرمان والموز والخضروات ونحوها. لأن كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضبط بالصغر والكبر، وما لا يتقارب ينضبط بالوزن كالبقول ونحوها. فصح السلم فيه كالمزروع: وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والأوزاعي. وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز. ولعل هذا قول آخر فيكون له في ذلك قولان.

فصل: فأما السلم في الرؤوس والأطراف. فيخرج في صحة السلم فيها الخلاف الذي ذكرنا، وللشافعي فيها قولان أيضاً كالروايتين:

أحدهما: يجوز. وهو قول مالك والأوزاعي وأبي ثور. لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه، فجاز السلم فيه كبقية اللحم.

والآخر: لا يجوز. وهو قول أبي حنيفة لأن أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم. فإن كان مطبوخاً أو مشوياً. فقال الشافعي: لا يصح السلم فيه. وهو قياس قول القاضي. لأنه يتناثر ويختلف. وعلى قول غير القاضي من أصحابنا: حكم ما مسته

النار من ذلك حكم غيره، وبه قال مالك والأوزاعي وأبو ثور، والعقد يقتضيه، سليماً من التأثر والعادة في طبخه تتفاوت، فأشبه غيره.

فصل: وفي الجلود من الخلاف مثل ما في الرؤوس والأطراف وقال الشافعي: لا يصح السلم فيها، لأنها تختلف، فالورق ثخين قوي، والصدر ثخين رخو، والبطن رقيق ضعيف، والظهر أقوى. فيحتاج إلى وصف كل موضع منه، ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه.

ولنا: إن التفاوت في ذلك معلوم، فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فإنه يشتمل على الرأس والجلد والأطراف واللحم والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والأذنين والعينين، ويختلف ذلك، ولم يمنع صحة السلم فيه، كذا ههنا.

فصل: ويصح السلم في اللحم، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأنه يختلف.

ولنا: قول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كل معلوم أو وزن معلوم» وظاهره: إباحة السلم في كل موزون، ولأننا قد بينا جواز السلم في الحيوان، فاللحم أولى.

الشرط الثاني: أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً. فإن المسلم فيه عوض في الذمة. فلا بد من كونه معلوماً بالوصف كالثمن. ولأن العلم شرط في المبيع. وطريقه: إما الرؤية وإما الوصف والرؤية ممتنعة ههنا. فتعين الوصف والأوصاف على ضربين: متفق على اشتراطها، ومختلف فيها. فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف: الجنس، والنوع، والجودة والرداءة. فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه. ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها. وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي.

الضرب الثاني: ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الأوصاف وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه. ونذكرها عند ذكره. وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي. وقال أبو حنيفة: يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة. لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات.

ولنا: إنه يبقى من الأوصاف من اللون والبلد ونحوهما ما يختلف الثمن والغرض لأجله. فوجب ذكره كالنوع.

ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه. إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها. فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي يختلف الثمن بها ظاهراً. ولو استقصى الصفات حتى انتهى إلى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف بطل السلم. لأن من شرط السلم أن يكون المسلم فيه

عام الوجود عند المحل، واستقصاء الصفات يمنع منه. ولو شرط الأجود لم يصح أيضاً. لأنه لا يقدر على الأجود. وإن قدر عليه كان نادراً. وإن شرط الأردأ احتمل أن لا يصح ذلك واحتمل أن يصح لأنه لا يقدر على تسليم ما هو خير منه. فإنه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً مما شرطه فلا يعجز إذاً عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التي قبلها. ولو أسلم في جارية وابنتها لم يصح. لأنه لا بد أن يضبط كل واحدة منها بصفات، ويتعذر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها وكذلك إن أسلم في جارية، وأختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا. ولو أسلم في ثوب على صفة خرقة أحضرها لم يجز، لجواز أن تهلك الخرقة. وهذا غرر، ولا حاجة إليه فمنع الصحة. كما لو شرط مكيالاً أو صنجة بعينها.

فصل: والجنس والجودة أو ما يقوم مقامها شرطان في كل مسلم فيه. فلا حاجة إلى تكرير ذكرهما في كل مسلم فيه. ويذكر ما سواهما. فيصف التمر بأربعة أوصاف: النوع، برني أو معقلي. والبلد، إن كان يختلف: فيقول بغدادي أو بصري. فإن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء، والبصري بخلاف ذلك. والقدر كبار أو صغار وحديث أو عتيق. فإن أطلق العتيق فأي عتيق أعطى جاز، ما لم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً. وإن قال: عتيق عام أو عامين فهو على ما قال: فأما اللون فإن كان النوع الواحد مختلفاً، كالطبرز يكون أحمر ويكون أسود ذكره وإلا فلا، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله. ولا يأخذ منه مشدخاً ولا قديماً قارب أن يتمر، وهكذا ما جرى مجراه العنب والفواكه.

فصل: ويصف البر بأربعة أوصاف: النوع: فيقول: سبيلة أو سلموني والبلد. فيقول: حوراني أو بلقاوي أو سمالي، وصغار الحب أو كباره، وحديث أو عتيق، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره. ولا يسلم فيه إلا مصفى وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب.

فصل: ويصف العسل بثلاثة أوصاف: البلد، فيجي أو نحوه. ويجزىء ذلك عن النوع، والزمان: ربيعي أو خريفي، واللون: أبيض أو أحمر وليس له إلا مصفى من الشمع.

فصل: ولا بد في الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والأنوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف. ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالغاً: وإن كان صغيراً فالقول قول سيده، وإن لم يعلم رجع في قوله إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريباً، وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي: منهم الجكلي والخزري، فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع يحتمل وجهين، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة والثيوبة، ولا الجعودة والسبوطة. لأن ذلك لا يختلف به الثمن اختلافاً بيناً ومثل ذلك لا يراعى كما في صفات الحسن

والملاحة فإن ذكر شيئاً من ذلك لزمه، ويذكر الثيوبة والبكـارة لأن الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الغرض. ويذكر القد: خماسي أو سداسي، يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار. قال أحمد: يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح.

فأما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف. فيقـول: من نتاج بني فـلان. والسن: بنت مخاض أو بنت لبـون. واللون: بيضاء أو حمـراء أو ورقاء[1] وذكـر أو أنثى، فإن كـان نتاج يختلف فيـه مهرية وأرحبية فهل يحتاج إلى ضبط ذلك؟ يحتمل وجهين ومـا زاد على هـذه الأوصاف لا يفتقـر إلى ذكره، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه، وأوصاف الخيل كأوصاف الإبل.

وأما البغال والحمير فلا نتاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها إلى بلدهـا. وأما البقـر والغنم فإن عرف لها نتاج فهي كالإبل وإلا فهي كـالحمر، ولا بـد من ذكر النـوع في هذه الحيـوانات، فيقول في الإبل: بختية أو عرابية. وفي الخيل: عربية أو هجين أو برذون وفي الغنم: ضأن أو معز إلا الحمر والبغال فلا نوع فيهما.

فصل: ويذكر في اللحم السن والذكورية والأنوثية والسمن والهزال، وراعياً أو معلوفـاً، ونوع الحيوان وموضع اللحم منه. ويزيد في الذكر فحلاً أو خصيـاً، وإن كان من صيـد لم يحتج إلى ذكر العلف والخصاء. ويذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة. وفي الجارحـة يذكـر صيد فهد أو كلب أو صقر. فإن الأحبولة يؤخذ الصيد منها سليماً، وصيد الكلب خير من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل: لكونه مفتوح الفم في أكثر الأوقات، والصحيـح إن شاء الله: أن هذا ليس بشرط. لأن التفاوت فيه يسير. ولا يكاد الثمن يتبـاين باختـلافه ولا يعرفه إلا القليل من الناس. وإذا لم يحتـج في الرقيق إلى ذكـر البكارة والثيـوبة والسمن والهـزال وأشباهها مما يتباين بهـا الثمن وتختلف الرغبـات بها ويعـرفها النـاس. فهذا أولى. ويلزم قبـول اللحم بعظامه، لأنه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر، وإن كان السلم في لحم طـير لم يحتج إلى ذكر الذكورية والأنوثية، إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج، ولا إلى ذكـر موضـع اللحم، إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه. ولا يلزمه قبول الرأس والساقين. لأنه لا لحم عليها.

وفي السمـك يذكـر النوع: بـردي أو غيره والكـبر والصغر، والسمن والهـزال، والطري والملح، ولا يقبل الرأس والذنب، وله ما بينهما، وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر مـوضع اللحم منه.

---

(١) أي في لونها سواد وبيض.

فصــل: ويضبط السمن بـالنـوع من ضـأن أو معـز أو بقـر واللون أبيض أو أصفـر قـال القاضي: ويذكر المرعى، ولا يحتاج إلى ذكر حديث أو عتيق، لأن إطلاقـه يقتضي الحديث، ولا يصـح السلم في عتيقه، لأنـه عيب، ولا ينتهي إلى حد يضبط بـه، ويضف الـزبـد بـأوصـاف السمن، ويزيد: زبد يومه أو أمسه، ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد ولا رقيق، إلا أن تكون رقته للحـر، ويصف اللبن بالنـوع والمرعى، ولا يحتـاج إلى اللون، ولا حلبة يـومه، لأن إطـلاقه يقتضي ذلـك ولا يلزمـه قبـول متغـير، قـال أحمـد: ويصـح السلم في المخيض، وقـال الشافعي: لا يصح السلم فيه، لأن فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء، فصار المقصود مجهولاً.

ولنا: إن الماء يسير، يترك لأجل المصلحة جرت العادة بـه. فلم يمنع صحـة السلم فيه، كالماء في الشيرج والملح والإنفحة في الجبن، والماء في خل التمر، ويصف الجبن بالنـوع والمرعى ورطب أو يابس؛ ويصف اللبأ بصفات اللبن؛ ويزيد اللون؛ ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ.

فصــل: وتضبط الثيـاب بستـة أوصـاف: النــوع كتـان أو قــطن؛ والبلد؛ والـطول؛ والعرض، والصفاقة والرقة والغلظ؛ والدقة والنعومة والخشونة. ولا يذكر الوزن. فـإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة، وكونه على وزن معلوم. فيكون فيه تغرير لتعذر اتفاقه وإن ذكر خاماً أو مقصوراً فله مـا شرط وإن لم يذكـره جاز. ولـه خام، لأنـه الأصل. وإن ذكـر مغسـولاً أو لبيساً لم يجـز لأن اللبس يختلف ولا ينضبط. فإن أسلم في مصبـوغ وكان ممـا يصبـغ غزله جاز. لأن ذلك من جملة صفات الثوب. وإن كان مما يصبغ بعد نسجـه لم يجز. لأن صبـغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونتـه. ولأن الصبغ غـير معلوم، وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول؛ كقطن وإبريسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بـأن يقول: السدى إبريسم واللحمة كتان؛ أو نحوه جاز؛ ولهذا جاز السلم في الخز. وهو من غزلين مختلفين: وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز. وإن كان زيادة لم يجز. لأنه لا ينضبط.

فصل: ويصف غزل القطن والكتان بـالبلد واللون والغلظ والدقـة والنعومـة والخشونـة ويصف القطن بذلك. ويجعل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر. وإن شرط في القطن منزوع الحب جـاز. وإن أطلق كان لـه بحبه كـالتمر بنـواة. ويصف الإبـريسم بـالبلد واللون والغلظ والدقة. ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي. لأن صـوف الخريف أنظف. قال القاضي: ويصفه بالذكورية والأنوثية. لأن صوف الإنـاث أنعم، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة. لأن التفاوت في هذا يسير، وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبعـر، وإن لم يشترطه. وإن شرطه جاز. وكان تأكيداً. والشعر والوبر كالصوف.

ويصح السلم في الكاغد[١] لأنه يمكن ضبطه، ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن.

فصل: ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالنوع. فيقول في الرصاص: قلعي أو أسرب، والنعومة والخشونة واللون إن كان يختلف ويزيد في الحديد ذكراً أو أنثى. فإن الذكر أحد وأمضى، وإن أسلم في الأواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها، كالأسطال[٢] القائمة الحيطان والطسوت جاز. ويضبطها بذلك كله، وإن سلم في قصاع وأقداح من الخشب جاز، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وأي عمل. وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث، ماض أو غيره ويصف قبضته وجفنه[٣].

فصل: والخشب على أضرب. منه ما يراد للبناء. فيذكر نوعه ويبسه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه. ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه إلى طرفه بذلك العرض والدور. فإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً. وإن كان أدق لم يلزمه قبوله. وإن ذكر الوزن أو سمحاً جاز، وإن لم يذكره جاز. وله سمح خال من العقد. لأن ذلك عيب. وإن كان للقسي ذكر هذه الأوصاف وزاد سهلياً، أو جبلياً أو خوطاً[٤] أو فلقة. فإن الجبلي أقوى من السهلي، والخوط أقوى من الفلقة. ويذكر فيها للوقود الغلظة واليبس والرطوبة والوزن، ويذكر فيها للنصب النوع والغلظ، وسائر ما يحتاج إلى معرفته ويخرجه من الجهالة. وإن أسلم في النشاب والنبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته وغلظته ولونه ونصله وريشه.

فصل: والحجارة منها ما هو للأرحية[٥]، فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع إن كان يختلف، ومنها ما هو للبناء. فيذكر النوع واللون والقدر والوزن، ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر واللين والوزن. ويصف البلور بأوصافه. ويصف الآجر واللبن بموضع التربة واللون والدور والثخانة، وإن أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن. ولا يقبل ما أصابه الماء فجف، ولا ما قدم قدماً يؤثر فيه. ويضبط التراب بمثل ذلك، ويقبل الطين الذي قد جف إن كان لا يتأثر بذلك.

---

(١) الكاغد: الورق.
(٢) الأسطال جمع سطل وهو مثل الكوز.
(٣) جفنه: غمده الذي يحفظ فيه.
(٤) الخوط: الغصن الناعم. والفلقة قوس تتخذ من نصف عود.
(٥) الأرحية جمع رحى وهي التي تطحن بها الحبوب.

فصل: ويضبط العنبر بلونه والبلد. وإن شرط قطعة أو قطعتين جاز وإن لم يشترط فله أن يعطيه صغاراً أو كباراً، وقد قيل: إن العنبر نبات يخلقه الله في جنبات البحر. ويضبط العود الهندي ببلده وما يعرف به. ويضبط المصطكا واللبان والغراء العربي وصمغ الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به.

مسألة: قال: (إذا كان بكيل معلوم، أو وزن معلوم، أو عدد معلوم).

هذا الشرط الثالث. وهو معرفة مقدار المسلم فيه بالكيل إن كان مكيلاً. وبالوزن إن كان موزوناً، وبالعدد إن كان معدوداً. لقول النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة. فاشترط معرفة قدره كالثمن، ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافاً. ويجب أن يقدره بمكيال أو أرطال معلومة عند العامة. فإن قدره بإناء معلوم أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح. لأنه يهلك. فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه. وهذا غرر لا يحتاج إليه العقد. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعلم عياره، ولا في ثوب بذرع فلان. لأن المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم. منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور. وإن عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز. ولم يختص بهما. وإن لم يعرفا لم يجز.

فصل: وإن أسلم فيما يكال وزناً، أو فيما يوزن كيلاً. فنقل الأثرم أنه سأل أحمد عن السلم في التمر وزناً؟ فقال: لا إلا كيلاً. قلت: إن الناس ههنا لا يعرفون الكيل، قال وإن كانوا لا يعرفون الكيل فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيل إلا كيلاً، ولا في الموزون إلا وزناً. وهكذا ذكره القاضي وابن أبي موسى لأنه مبيع يشترط معرفة قدره، فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل كبيع الرطوبات بعضها ببعض. ولأنه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به في الأصل. فلم يجز، كما لو أسلم في المزروع وزناً. ونقل المروذي عن أحمد أنه يجوز السلم في اللبن إذا كان كيلاً أو وزناً. وهذا يدل على إباحة السلم في المكيل وزناً، وفي الموزون كيلاً. لأن اللبن لا يخلو من كونه مكيلاً أو موزوناً. وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منهما. وهذا قول الشافعي وابن المنذر. وقال مالك: ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزناً. وهذا أصح إن شاء الله تعالى. لأن الغرض معرفة قدره وخروجه من الجهالة، وإمكان تسليمه من غير تنازع. فبأي قدر قدره جاز. ويفارق بيع الربويات. فإن التماثل فيها في المكيل كيلاً. وفي الموزون وزناً شرط ولا نعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الأصلي.

إذا ثبت هذا فإن الحبوب كلها مكيلة وكـذلك التمـر والزبيب والفستق والبنـدق والملح. قال القاضي: وكذلك الأدهان. وقال في السمن واللبن والزبد: يجوز السلم فيها كيلاً ووزناً. ولا يسلم في اللبأ إلا وزناً. لأنه يجمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه.

فصل: فإن كان المسلم فيه مما لا يمكنه وزنه بالميزان لثقله، كالأرحية والحجارة الكبار: يوزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر إلى أي موضع تغوص فيعلمه، ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو حجارة صغار إلى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه ثم يوزن بميزان. فما بلغ فهو زنة ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه[1].

فصل: ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم.

فصل: وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين. معدود وغيره فالمعدود نوعان:

أحدهما: لا يتباين كثيراً، كالجوز والبيض ونحوهما. فيسلم فيه عدداً. وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي. وقال الشافعي: يسلم فيها كيلاً أو وزناً، ولا يجوز عدداً. لأن ذلك يتباين ويختلف. فلم يجز عدداً كالبطيخ.

ولنا: أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر أو الصغر أو الوسط. فيذهب التفاوت. وإن بقي شيء يسير عفي عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه. ويفارق البطيخ. فإنه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضبط.

النوع الثاني: ما يتفاوت. كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار. فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول. ففيه وجهان:

أحدهما: يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والكبر. لأنه يباع هكذا.

الثاني: لا يسلم فيه إلا وزناً. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيراً ويتباين جداً ولا بالكيل. لأنه يتجافى في المكيال ولا يمكن تقدير البقول بالحزم. لأنه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن. فتعين تقديره به.

---

(١) في هذا العصر من الموازين ما يوزن فيه ما هو أعظم مما ذكره بدقة لا يتأتى مثلها بوزن السفينة. فليت ترك هذا للعرف الذي يعلم كل عاقل أنه يتغير بما يترقى الناس به في مستحدثاتهم الصناعية.

مسألة: قال: (إلى أجل معلوم بالأهلة).

وهذا الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلاً أجلاً معلوماً. وفي هذه المسألة فصول ثلاثة:

أحدها: أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً. ولا يصح السلم الحال قال أحمد في رواية المروذي: لا يصح حتى يشترط الأجل. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي. وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر: يجوز السلم حالاً. لأنه عقد يصح مؤجلاً فصح حالاً كبيوع الأعيان ولأنه إذا جاز مؤجلاً فحالاً أجوز ومن الغرر أبعد.

ولنا: قول النبي ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» فأمر بالأجل. وأمره يقتضي الوجوب ولأنه أمر بهذه الأمور تبييناً لشروط السلم ومنعاً منه بدونها. وكذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن. فكذلك الأجل. ولأن السلم إنما جاز رخصه للرفق ولا يحصل الرفق إلا بالأجل فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق. فلا يصح كالكتابة. ولأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه. أما الاسم فلأنه يسمى سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر. ومعناه ما ذكرناه في أول الباب، من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية إليه، ومع حضور ما يبيعه حالاً لا حاجة إلى السلم. فلا يثبت. ويفارق تنوع الأعيان. فإنها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل. وما ذكروه من التنبيه غير صحيح. لأن ذلك إنما يجزىء فيما إذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد. وليس كذلك ههنا. فإن البعد من الضرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل. وإنما المصحح له شيء آخر. لم نذكر اجتماعهما فيه. وقد بينا افتراقهما.

إذا ثبت هذا: فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح. ومعناه معنى السلم، وإنما افترقا في اللفظ.

الفصل الثاني: أنه لا بد من كون الأجل معلوماً. لقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقول النبي ﷺ: «إلى أجل معلوم» ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافاً. فأما كيفيته: فإنه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف. ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجذاذ وما أشبهه. وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر. وعن أحمد رواية أخرى، أنه قال: أرجو أن لا يكون به بأس. وبه قال مالك وأبو ثور. وعن ابن عمر «أنه كان يبتاع إلى العطاء» وبه قال ابن أبي ليلى. وقال أحمد: إن كان شيء يعرف فأرجو وكذلك إن قال: إلى قدوم الغزاة، وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء. لأن ذلك معلوم فأما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر. ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه

يتفاوت أيضاً. فأشبه الحصاد، واحتج من أجاز ذلك: بأنه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً. فأشبه إذا قال: إلى رأس السنة.

ولنا: ما روي عن ابن عباس أنه قال: «لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس. ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم» ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد. فلا يجوز أن يكون أجلاً كقدوم زيد.

فإن قيل: فقد روي عن عائشة أنها قالت: «إن رسول الله ﷺ بعث إلى يهودي: أن ابعث إليّ بثوبين إلى الميسرة».

قلنا: قال ابن المنذر: رواه حرمي بن عمارة قال أحمد: فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر: «فأخاف أن يكون من غفلاته» إذ لم يتابع عليه، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الأجل إلى الميسرة لم يصح.

فصل: إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله. وإن جعل الأجل اسماً يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر تعلق بأولهما. وإن قال: إلى ثلاثة أشهر إلى انقضائها. لأنه إذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمة وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها. وكذلك لو قال: إلى شهر كان آخره. وينصرف ذلك إلى الأشهر الهلالية، بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِندَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ﴾ [التوبة: ٣٦] وأراد الهلالية. وإن كان في أثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهراً بالعدد ثلاثين يوماً. وقيل: تكون الثلاثة كلها عددية. وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع. وإن قال: محله شهر كذا أو يوم كذا. صح وتعلق بأوله. وقيل: لا يصح. لأنه جعل ذلك ظرفاً فيحتمل أوله وآخره. والصحيح الأول. فإنه لو قال لامرأته: أنت طالق في شهر كذا تعلق بأوله. وهو نظير مسألتنا.

فإن قيل: الطلاق يتعلق بالإخطار والإغرار، ويجوز تعليقه على مجهول، كنزول المطر وقدوم زيد بخلاف مسألتنا.

قلنا: إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله. فلا يكون مجهولاً وكذا السلم.

فصل: ومن شرط الأجل: أن يكون مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه، وقال أصحاب أبي حنيفة: لو قدره بنصف يوم جاز. وقدره بعضهم بثلاثة أيام، وهو قول الأوزاعي. لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط. ولأنها آخر حد القلة. ويتعلق بها عندهم إباحة رخص السفر. وقال الآخرون: إنما اعتبر التأجيل. لأن المسلم فيه معدوم في الأصل لكون السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس. فلا بد من الأجل ليحصل ويسلم. وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها.

ولنا: إن الأجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم. ولا يصح ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن. ولا يصح اعتباره بمدة الخيار. لأن الخيار يجوز ساعة، وهذا لا يجوز والأجل يجوز أن يكون أعواماً. وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث. وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها. وقولهم: إن المقصود يحصل بأقل مدة: غير صحيح. فإن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها، ولا تحصل هذه في المدة اليسيرة.

الفصل الثالث: في كون الأجل معلوماً بالأهلة. وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالهلال، نحو أول الشهر، أو أوسطه، أو آخره، أو يوم معلوم منه. لقول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩] ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك. ولو أسلم إلى عيد الفطر، أو النحر، أو يوم عرفة، أو عاشوراء أو نحوها جاز. لأنه معلوم بالأهلة. وإن جعل الأجل مقدراً بغير الشهور الهلالية فذلك قسمان:

أحدهما: ما يعرفه المسلمون. وهو بينهم مشهور ككانون وشباط، أو عيد لا يختلف كالنيروز[1] والمهرجان عند من يعرفهما. فظاهر كلام الخرقي وابن أبي موسى: أنه لا يصح. لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية. أشبه إذا أسلم إلى الشعانين وعيد الفطير. لأن هذه لا يعرفها كثير من المسلمين. أشبه ما ذكرنا، وقال القاضي: يصح، وهو قول الأوزاعي والشافعي. قال الأوزاعي: إذا أسلم إلى فصح النصارى وصومهم جاز. لأنه معلوم لا يختلف. أشبه أعياد المسلمين. وفارق ما يختلف فإنه لا يعلمه المسلمون.

القسم الثاني: ما لا يعرفه المسلمون، كعيد الشعانين وعيد الفطير ونحوهما. فهذا لا يجوز السلم إليه. لأن المسلمين لا يعرفونه، ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه. لأن قولهم غير مقبول. ولأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون. وإن أسلم إلى ما لا يختلف مثل كانون الأول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح. لأنه مجهول عنده[2].

مسألة: قال: (موجوداً عند محله).

هذا الشرط الخامس. وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ولا نعلم فيه خلافاً. وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه. وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر. فلم يمكن تسليمه. فلم يصح بيعه، كبيع الآبق بل أولى. فإن السلم احتمل فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر، لئلا يكثر الغرر فيه فلا

---

(١) النيروز: أول يوم في السنة. والمهرجان يوم احتفال عند الفرس معروف.
(٢) فإن عرفوا كان ذلك كأهل البلاد التي تنتشر فيها التقاويم المبينة لذلك صح.

يجوز أن يسلم في العنب والرطب إلى شباط أو آذار، ولا إلى محل لا يعلم وجوده فيه، كزمان أول العنب أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً. فلا يؤمن انقطاعه.

فصل: ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه، ولا قرية صغيرة لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه. قال ابن المنذر: إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم. وممن حفظنا عنه ذلك: الثوري ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق. قال: وروينا عن النبي ﷺ «أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى. فقال اليهودي: من تمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ: أما من حائط بني فلان فلا. ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره. ورواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم، وقال: أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع. ولأنه إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتلفه، فلم يصح، كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين، أو صنجة معينة، أو أحضر خرقة وقال: أسلمت إليك في مثل هذه.

فصل: ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان الشتاء، وفي كل يوم معدوم إذا كان موجوداً في المحل. وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حين المحل. لأن كل زمن يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه. فاعتبر وجوده فيه كالمحل.

ولنا: إن النبي ﷺ «قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم» ولم يذكر الوجود. ولو كان شرطاً لذكره ولنهاهم عن السلف سنتين. لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة. ولأنه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً. فجاز السلم فيه كالموجود ولا نسلم أن الدين يحل بالموت وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود. إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً. وههنا لم يجعلاه.

فصل: إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبة المسلم إليه، أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه، أو لم تحمل الثمار تلك السنة. فالمسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به، وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً، وإلا قيمته وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر: أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر. لكون المسلم فيه من ثمرة العام. بدليل وجوب التسليم منها، فإذا هلكت انفسخ العقد، كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت. والأول الصحيح. فإن العقد قد صح. وإنما تعذر التسليم فهو كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض، ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام. فإنهما

لو ترضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز. وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام لتمكينه من دفع ما هو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها. وليست متعينة وإن تعذر البعض فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن، وبين أن يصبر إلى حين الإمكان ويطالب بحقه. فإن أحب الفسخ في المفقود دون الموجود فله ذلك. لأن الفساد طرأ بعد صحة العقد. فلا يوجب الفساد في الكل. كما لو باعه صبرتين فتلفت إحداهما. وفيه وجه آخر: ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر على ما ذكرنا من الخلاف في الإقالة في بعض المسلم فيه. وإن قلنا: إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارىء على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود، كما ذكرنا في الوجه الأول.

فصل: إذا أسلم نصراني إلى نصراني في خمر ثم أسلم أحدهما. فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه. كذلك قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول. لأنه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر. فقد تعذر استيفاء المعقود عليه. وإن كان المسلم إليه فقد تعذر عليه إيفاؤها. فصار الأمر إلى رأس ماله.

مسألة: قال: (ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفرق).

هذا الشرط السادس: وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد. فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر، ما لم يكن ذلك شرطاً. لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلماً. فأشبه مما لو تأخر إلى آخر المجلس.

ولنا: إنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق. فلا يجوز التفرق فيه قبل القبض كالصرف. ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف. وإن قبض بعضه ثم تفرقا. فكلام الخرقي: يقتضي أن لا يصح. لقوله: «كاملاً» وحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري. وقال أبو الخطاب: هل يصح في غير المقبوض؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة. وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي. وقد نص أحمد في رواية ابن منصور: إذا أسلم ثلاثمائة درهم في أصناف شتى: مائة في حنطة، ومائة في شعير، ومائة في شيء آخر. فخرج فيها زيوف: رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف. فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألفاً إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف فإنه يصح السلم في النصف المقبوض. ويبطل في الباقي. فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض. وحكي عن أبي حنيفة أنه

قال: يبطل في الحوالة في الكل. وفي المسألة الأخرى: يبطل فيما لم يقبض، ويصح فيما قبض بقسطه. بناء على تفريق الصفقة.

فصل: وإن قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده ويبتدئان عقداً آخر إن أحبا. وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس، ولا يبطل العقد برده. لأن العقد إنما وقع على ثمن سليم. فإذا دفع إليه ما ليس بسليم كان له المطالبة بالسليم. ولا يؤثر قبض المعيب في العقد. وإن تفرقا ثم علم عيبه فرده ففيه وجهان:

أحدهما: يبطل العقد برده، لوقوع القبض بعد التفرق. ولا يجوز ذلك في السلم.

والثاني: لا يبطل. لأن القبض الأول كان صحيحاً. بدليل ما لو أمسكه ولم يرده. وهذا يدل على المقبوض، وهذا قول أبي يوسف ومحمد. وهو أحد قولي الشافعي. واختيار المزني. لكن من شرطه: أن يقبض البدل في مجلس الرد. فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البدل لم يصح وجهاً واحداً، لخلو العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما، وإن وجد بعض الثمن رديئاً فرده. فعلى المردود التفصيل الذي ذكرناه، وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة.

فصل: وإن خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد. قال أحمد: إذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع. وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه.وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد. لأن المقبوض لا يصلح عوضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن، إلا على الرواية التي تقول: بصحة تصرف الفضولي. وإن وجد بعضه مستحقاً. بطل في ذلك البعض، وفي الباقي وجهان، بناء على تفريق الصفقة.

فصل: إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم. منهم مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي وعن ابن عمر أنه قال: لا يصح ذلك. وذلك لأن المسلم فيه دين. فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك بالإجماع، ولو قال: أسلمت إليك مائة درهم في كر[1] طعام، وشرطا أن يعجل له منها خمسين وخمسين إلى أجل لم يصح العقد في الكل على قول الخرقي ويخرج صحته في قدر المقبوض وجهان، بناء على تفريق الصفقة.

---

(١) الكر: أربعون إردباً.

أحدهما: يصح. وهو قول أبي حنيفة.

والثاني: لا يصح. وهو قول الشافعي: وهو أصح. لأن للمعجل فضلاً على المؤجل. فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤجل. والزيادة مجهولة فلا يصح.

مسألة: قال: (ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل).

وجملة ذلك: أن هذه الأوصاف الستة التي ذكرناها لا يصح السلم إلا بها وقد دللنا على ذلك. واختلفت الرواية في شرطين آخرين.

أحدهما: معرفة صفة الثمن المعين. ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته إذا كان في الذمة. لأنه أحد عوضي السلم. فإذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته كالمسلم فيه، إلا أنه إذا أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الإطلاق إليه وقام مقام وصفه فأما إن كان الثمن معيناً فقال القاضي وأبو الخطاب: لا بد من معرفة وصفه. واحتجا بقول أحمد: يقول أسلمت إليك كذا وكذا درهماً ويصف الثمن، فاعتبر ضبط صفته. وهذا قول مالك وأبي حنيفة. لأنه عقد لا يملك إتمامه في الحال، ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه. فوجب معرفة رأس المسلم فيه، ليرد بدله كالقرض والشركة. ولأنه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فينفسخ العقد في قدره. فلا يدري في كم بقي وكم انفسخ؟

فإن قيل: هذا موهوم والموهومات لا تعتبر.

قلنا: التوهم معتبر ههنا. لأن الأصل عدم الجواز. وإنما جوز إذا وقع الأمن من الغرر. ولم يوجد ههنا. بدليل ما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنجة أو مكيال معين فإنه لا يصح. وظاهر كلام الخرقي أنه لا يشترط. لأنه ذكر شرائط السلم ولم يذكره وهو أحد قولي الشافعي. لأنه عوض مشاهد فلم يحتج إلى معرفة قدره، كبيوع الأعيان. وكلام أحمد إنما تناول غير العين ولا خلاف في اعتبار أوصافه ودليلهم ينتقض بعقد الإجارة، وأنه ينفسخ بتلف العين المستأجرة. ولا يحتاج مع اليقين إلى معرفة الأوصاف. ولأن رد مثل الثمن إنما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده، وجهالة ذلك لا تؤثر، كما لو باع المكيل أو الموزون. ولأن العقد تمت شرائطه. فلا يبطل بأمر موهوب، فعلى القول الذي يعتبر صفاته لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه. فإن جعلاه سلماً بطل العقد، ويجب رده إن كان موجوداً، وقيمته إن عرفت إذا كان معدوماً. فإن اختلفا فالقول قول المسلم إليه، لأنه غارم وهكذا إن حكمنا بصحة العقد ثم انفسخ. وإن اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما: في مائة مدي حنطة، وقال الآخر في مائة مدي شعير تحالفا وتفاسخا به. قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع.

فصل: وكل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر. لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل. والخرقي منع بيع العروض بعضها ببعض نساء. فعلى قوله لا يجوز إسلام بعضها في بعض، وقال ابن أبي موسى: لا يجوز أن يكون رأس مال السلم إلا عيناً أو ورقاً، وقال القاضي: وهو ظاهر كلام أحمد ههنا. قال ابن المنذر. قيل لأحمد: يسلم ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن؟ فلم يعجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً. وهو قول أبي حنيفة. لأنها لا تثبت في الذمة إلا ثمناً. فلا تكون مثمنة، وعلى الرواية التي تقول بجواز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً كالثمن سواء. ويجوز إسلامها في الأثمان. قال الشريف أبو جعفر: يجوز السلم في الدراهم والدنانير. وهذا مذهب مالك والشافعي. لأنها تثبت في الذمة صداقاً. فتثبت سلماً كالعروض. ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء. فصح إسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ما قاله أبو حنيفة. فإنه لو باع دراهم بدنانير صح. ولا بد أن يكون أحدهما مثمناً. فعلى هذا إذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته، فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين. لأنه أتاه بالمسلم فيه على صفته. فلزمه قبوله كما لو كان غيره.

والثاني: لا يلزمه. لأنه يفضي إلى كون الثمن هو المثمن، ومن نصر الأول فإن هذا لا يصح. لأن الثمن إنما هو في الذمة. وهذا عوض عنه وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة، فحل المحل وهي على صفة المسلم فيه. فأحضرها فعلى احتمالين أيضاً:

أحدهما: يصح. لما ذكرنا. ولأنه يفضي إلى أن يكون قد استمتع بها وردها خالية عن عقر.

والثاني: يجوز، لأنه أحضر المسلم فيه على صفته، ويبطل الأول بما إذا وجد بها عيباً فردها. واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وإن فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يجز وجهاً واحداً. لأن الحيل كلها باطلة.

الشرط الثاني: المختلف فيه تعين مكان الإيفاء. قال القاضي: ليس بشرط وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وهو أحد قولي الشافعي. لقول النبي ﷺ: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الإيفاء فدل على أنه لا يشترط، وفي الحديث الذي فيه «أن اليهودي أسلم إلى النبي ﷺ. فقال النبي ﷺ: أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الإيفاء. ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط إلى أجل مسمى. ولم يذكر مكان الإيفاء. ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء، كبيوع الأعيان، وقال الثوري:

يشترط ذكر مكان الإيفاء. وهو القول الثاني للشافعي، وقال الأوزاعي: هو مكروه. لأن القبض يجب بحلوله. ولا يعلم موضعه حينئذ. فيجب شرطه لئلا يكون مجهولاً، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي: إن كان لحمه مؤنة وجب شرطه، وإلا فلا يجب. لأنه إذا كان لحمه مؤنة اختلف فيه الغرض، بخلاف ما لا مؤنة فيه. وقال ابن أبي موسى: إن كانا في برية لزم ذكر مكان الإيفاء، وإن لم يكونا في برية فذكر مكان الإيفاء حسن. وإن لم يذكراه كان الإيفاء مكان العقد، لأنه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد. فإذا ترك ذكره كان مجهولاً. وإن لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكانه. فاكتفى بذلك عن ذكره. فإن ذكره كان تأكيداً فكان حسناً. فإن شرط الإيفاء في مكان سواء صح لأنه عقد بيع. فصح شرط ذكر الإيفاء في غير مكانه كبيوع الأعيان. ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد. وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى: أنه لا يصح لأنه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لأن العقد يقتضي الإيفاء في مكانه. وقال القاضي: وأبو الخطاب: متى ذكر مكان الإيفاء ففيه روايتان، سواء شرط في مكان العقد أو في غيره. لأن فيه غرراً. لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان. فأشبه تعيين المكيال. واختاره أبو بكر. وهذا لا يصح فإن في تعيين المكان غرضاً ومصلحة لهما. فأشبه تعيين الزمان. وما ذكروه من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان. ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه. فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد. فيتعين ذكر مكان الإيفاء، نفياً للجهالة عنه، وقطعاً للتنازع. فالغرر في تركه لا في ذكره، وفارق تعيين المكيال. فإنه لا حاجة إليه. ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي إلى التنازع. وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع .فالمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لشرط مكان الإيفاء، فكيف يصح قياسهم عليه.

مسألة: قال: (وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد. وكذلك الشركة فيه، والتولية، والحوالة به، طعاماً كان أو غيره).

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافاً. وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن ربح ما لم يضمن. ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه. فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه.

وأما الشركة فيه والتولية فلا تجوز أيضاً. لأنهما بيع على ما ذكرنا من قبل. وبهذا قال أكثر أهل العلم. وحكي عن مالك جواز الشركة والتولية. لما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية».

ولنا: إنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يجز، كما لو كانت بلفظ البيع. ولأنهما نوعا بيع فلم يجوزا في المسلم قبل قبضه كالنوع الآخر. والخبر لا نعرفه. وهو حجة لنا. لأنه نهي عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية بيع. فيدخلان في النهي. ويحمل قوله: «وأرخص في الشركة والتولية» على أنه أرخص فيهما في الجملة لا في هذا الموضع.

وأما الإقالة: فإنها فسخ وليست بيعاً.

وأما الحوالة به فغير جائز لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر. ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع. ومعنى الحوالة به: أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من فرض أو سلم آخر أو بيع، فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم. فلا يجوز. وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً. لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه. فلم يجز كالبيع.

وأما بيع المسلم فيه من بائعه فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضاً عن المسلم فيه. فهذا حرام، سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً، سواء كان العرض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى فيمن أسلم في بر. فعدمه عند المحل، فرضي المسلم بأخذ الشعير مكان البر جاز. ولم يجز أكثر من ذلك وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البر والشعير جنس واحد. والصحيح في المذهب خلافه. وقال مالك: يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره إلا الطعام.

قال ابن المنذر: وقد ثبت أن ابن عباس قال: «إذا أسلم في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً أنقص منه، ولا تربح مرتين» رواه سعيد في سننه.

ولنا: قول النبي ﷺ «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع. فلم يجز كبيعه من غيره. فأما إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه أو دونه في الصفات جاز لأن ذلك ليس ببيع، إنما هو قضاء للحق مع تفضل من أحدهما.

فصل: فأما الإقالة في المسلم فيه فجائزة. لأنها فسخ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة. لأن الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله. وليست بيعاً. قال القاضي: ولو قال: لي عندك هذا الطعام صالحني منه على ثمنه جاز. وكانت إقالة صحيحة. فأما الإقالة في بعض المسلم فيه فاختلف عن أحمد فيها. فروي عنه: أنها لا تجوز. ورويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن أبي ليلى وإسحاق، وروى حنبل عن أحمد أنه قال: لا

بأس بها وروي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي والنعمان وأصحابه وابن المنذر. ولأن الإقالة مندوب إليها. وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض، كالإبراء والإنظار.

ووجه الرواية الأولى: أن السلف في الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل: فإذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه. فلم يجز، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ويخرج عليه الإبراء والإنظار. فإنه لا يتعلق به شيء من ذلك.

فصل: إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً، أو مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن لم يكن مثلياً. فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه، فقال الشريف أبو جعفر: ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه. وبه قال أبو حنيفة. لقول النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم. فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كما لو كان في يد المشتري وقال القاضي أبو يعلى: يجوز أخذ العوض عنه. وهو قول الشافعي. لأنه عوض مستقر في الذمة. فجاز أخذ العوض عنه، كما لو كان قرضاً. ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد. فجاز أخذ العوض عنه، كالثمن في المبيع إذا فسخ. والمسلم فيه مضمون بالعقد. وهذا مضمون بعد فسخه. والخبر أراد به المسلم فيه. فلم يتناول هذا. فإن قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان قرضاً أو ثمناً في بيوع الأعيان لا يجوز جعله سلماً في شيء آخر. لأنه يكون بيع دين بدين، ويجوز فيه ما يجوز في القرض وأثمان البياعات إذا فسخت.

مسألة: قال: (وإذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً لم يجز، حتى يبين ثمن كل جنس).

صورة ذلك. أن يسلم ديناراً واحداً في قفيز حنطة وقفيز شعير، ولا يبين ثمن الحنطة من الدينار، ولا ثمن الشعير. فلا يصح ذلك. وجوزه مالك. وللشافعي قولان كالمذهبين. واحتجوا بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد، كبيوع الأعيان، وكما لو بين ثمن أحدهما.

ولنا: إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول. فلم يصح، كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول. ولأن فيه غرراً لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما فلا يعرف بم يرجع؟ وهذا غرر أثر مثله في السلم. وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقدره. وقد ذكرنا ثم وجها آخر: أنه لا يشترط. فيخرج ههنا مثله. لأنه في معناه. ولأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحد إلى أجلين ولا يبين ثمن كل واحد منهما كذا ههنا. قال ابن أبي موسى: ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منها من الثمن. والأولى صحة هذا.

لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منها، إن تعـذر النصف رجع بنصفهـا، وإن تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم.

مسألة: قال: (وإذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز).

قال الأثرم: قلت لأبي عبدالله: الرجل يدفع إلى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل، فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً: فقال: على معنى السلم إذاً؟ فقلت: نعم. قال: لا بـأس. ثم قال: مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلاً من لحم قد وصفه. وبهذا قال مالك وقال الشافعي: إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين ففيه قـولان: أحدهمـا: لا يصح. لأن ما يقابل أبعدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر. وذلك مجهول فلم يجز.

ولنا: إن كل بيع جاز في أجـل واحد جـاز في أجلين وآجال، كبيـوع الأعيان فـإذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن. ولا يجعـل للباقي فضـلاً عن المقبوض. لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فيقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله.

مسألة: قال: (وإذا لم يكن السلم فيه كالحديـد والرصـاص، وما لا يفسـد، ولا يختلف قديمه وحديثه. لم يكن عليه قبضه قبل محله).

يعني بالسلم: المسلم فيه، سمي باسم المصدر، كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهناً، قال إبراهيم: خذ سلمك أو دون سلمك، ولا تأخذ فوق سلمك، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يحضره في محله. فيلزمه قبوله. لأنه أتاه بحقه في محله. فلزمـه قبولـه كالمبيـع المعين، وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن. فإن أبى قيل له: إما أن تقبض حقك، وإمـا أن تبرىء منه. فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم إليـه للمسلم وبرئت ذمتـه منه. لأن الحـاكم يقوم مقام الممتنع بولايته، وليس له أن يبرىء. لأنه لا يملك الإبراء.

الحال الثاني: أن يأتي به قبـل محله فينظر فيـه. فإن كـان مما في قبضـه قبل محله ضرر إمـا لكونه مما يتغير، كالفاكهة والأطعمة كلها، أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحـوها. لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضاً في تأخيره بأن يحتـاج إلى أكله أو إطعامـه في ذلك الـوقت، وكذلـك الحيوان. لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى الإنفاق عليه إلى ذلك الـوقت. وربما يحتـاج إليه في ذلـك الوقت دون ما قبله. وهذا إن كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة، كالقطن ونحوه، أو كان الوقت مخوفاً يخشى نهب ما يقبضه. فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها. لأن عليـه ضرراً في قبضه.

ولم يأت محل استحقاقه له. فجرى مجرى نقص صفة فيه. وإن كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس. فإنه يستوي قديمه وحديثه، ونحو ذلك الزيت والعسل، ولا في قبضه ضرراً لخوف، ولا تحمل مؤنة. فعليه قبضه. لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة. فجرى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل.

الحال الثالث: أن يحضره بعد محل الوجوب. فحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما.

فصل: ولا يخلو إما أن يحضر المسلم فيه على صفته أو دونها أو أجود منها. فإن أحضره على صفته لزم قبوله. لأنه حقه. وإن أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله. لأن فيه إسقاط حقه. فإن تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وإن كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم. وإن اتفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئاً لم يجز. لأنه أفرد صفة الجودة بالبيع. وذلك لا يجوز. لأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع وصفه أولى.

الثالث: أن يحضره أجود من الموصوف فينظر فيه. فإن أتاه به من نوعه لزمه قبوله، لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينفعه ولا يضره إذ لا يفوته غرض. فإن أتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله. لأن العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطاها. وقد فات بعض الصفات فإن النوع صفة. وقد فات. فأشبه ما لو فات غيره من الصفات، وقال القاضي: يلزمه قبوله لأنهما جنس واحد يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فأشبه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع. والأول أجود لأن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر. فإذا فوته عليه فوت عليه الغرض المتعلق به. فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة الجودة، وهذا مذهب الشافعي. فإن تراضيا على أخذ النوع بدلاً عن النوع الآخر جاز لأنهما جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً. ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة. فجاز أخذ أحدهما عن الآخر، كالنوع الواحد. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يجوز له أخذه للمعنى الذي منع لزوم أخذه، وقال إبراهيم: لا تأخذ فوق سلمك في كيل ولا صفة.

ولنا: إنهما تراضيا على دفع المسلم فيه من جنسه. فجاز كما لو ترضيا على دفع الرديء مكان الجيد أو الجيد مكان الرديء. وبهذا ينتقض ما ذكروه فإنه لا يلزم أخذ الرديء، ويجوز أخذه. ولأن المسلم أسقط حقه من النوع فلم يبق بينهما إلا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها.

فصل: إذا جاءه بالأجود فقال: خذه وزدني درهماً. لم يصح. وقال أبو حنيفة. يصح كما لو أسلم في عشرة فجاءه بأحد عشر.

ولنا: إن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد، كما لو كان مكيلاً أو موزوناً فإن جاءه بزيادة في القدر، فقال: خذه وزدني درهماً ففعلا صح. لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد.

فصل: وليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة. لأنه إذا أسلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه.

وعليه أن يسلم إليه الحنطة نقية من التبن والقصل والشعير ونحوه مما لا يتناوله اسم الحنطة وإن كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز. وإن كان يسيراً لا يؤثر في المكيال ولا يعيبها لزمه أخذه. ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافاً. ولا يلزم أن يتناهى جفافه، لأنه يقع عليه الاسم، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيباً فله المطالبة بالبدل أو الأرش كالمبيع سواء.

فصل: ولا يقبض المكيل إلا بالكيل، ولا الموزون إلا بالوزن، ولا يقبضه جزافاً، ولا بغير ما يقدر به. لأن الكيل والوزن يختلفان. فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافاً. فيقدره بما أسلم فيه، ويأخذ قدر حقه ويرد الباقي، ويطالب بالعوض. وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره؟ على وجهين مضى ذكرهما في بيوع الأعيان، وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه. قال القاضي: ويسلم إليه ملء المكيال وما يحمله، ولا يكون ممسوحاً ولا يدق ولا يهز، لأن قوله: أسلمت إليك في قفيز يقتضي ما يسعه المكيال وما يحمله. وهو ما ذكرنا.

مسألة: قال: (ولا يجوز أن يأخذ رهناً ولا كفيلاً من المسلم إليه).

واختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم. فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو اختيار الخرقي وأبي بكر، ورويت كراهة ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والأوزاعي وروى حنبل جوازه. ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر. لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ - إلى قوله - فرهان مقبوضة﴾[البقرة: ٢٨٢] وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم. ولأن اللفظ عام فيدخل السلم في عمومه. ولأنه أحد نوعي البيع. فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيوع الأعيان.

ووجه الأول: أن الرهن والضمين إن أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب. لأن ذلك قد ملكه المسلم إليه. وإن أخذا بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن. ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه. وقد قال النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود. ولأنه يقيم ما في

ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه. فيكون في حكم أخذ العوض والبدل عنه وهذا لا يجوز.

فصل: فإن أخذ رهناً أو ضميناً بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم، أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبرىء الضامن، وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال. ولا يشترط قبضه في المجلس. لأنه ليس بعوض. ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رهناً ثم صالحه من الألف على طعام معلوم في ذمته صح، وزال الرهن، لِزوال دينه من الذمة، وبقي الطعام في الذمة، ويشترط قبضه في المجلس، كيلاً يكون بيع دين بدين. فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجع الألف إلى ذمته برهنه. لأنه يعود على ما كان عليه، كالعصير إذا تخمر ثم عاد خلاً. وهذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم مثل ما بينا في هذه المسألة.

فصل: وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وأيهما قضاه برئت ذمتهما منه. فإن سلم المسلم إليه المسلم فيه إلى الضامن ليدفعه إلى المسلم جاز وكان وكيلاً. وإن قال: خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح، وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه. لأنه إنما استحق الأخذ بعد الوفاء فإن أوصله إلى المسلم برىء بذلك. لأنه سلم إليه ما سلمه المسلم إليه في التصرف فيه. وإن أتلفه فعليه ضمانه. لأنه قبضه على ذلك. وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح. لأن هذا إقالة. فلا يصح من غير المسلم إليه وإن صالحه المسلم إليه بثمنه صح، وبرئت ذمته وذمة الضامن. لأن هذا إقالة. وإن صالحه على غير ثمنه لم يصح. لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض.

فصل: والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والأجرة في الإجارات، والمهر وعوض الخلع، والقرض وأرش الجنايات، وقيم المتلفات، ولا يجوز أخذ الرهن بما ليس بواجب، ولا مآله إلى الوجوب، كالدية على العاقلة قبل الحول. لأنها لم تجب بعد ولا يعلم إفضاؤها إلى الوجوب. فإنهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم. فلا يصح أخذ الرهن بها. فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها. لأنها قد استقرت في ذمتهم، ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول. لأن الأصل بقاء الحياة واليسار والعقل ولا يجوز أخذ الرهن بالجعل في الجعالة قبل العمل. لأنه لم يجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب، وقال القاضي: يحتمل أخذ الرهن به. لأن مآله إلى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات، والأولى أولى. لأن إفضاءها إلى الوجوب محتمل. فأشبهت الدية قبل الحول. ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل. لأنه قد وجب، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لأنه غير لازم،

فإن للعبد تعجيز نفسه، ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن. لأنه لو عجز صار الرهن للسيد لأنه من جملة مال لمكاتب، وقال أبو حنيفة: يجوز.

ولنا: إنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح، كضمان الخمر. ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة. لأنها جعالة ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب. لأن الوجوب إنما يثبت بسبق غير المخرج. وهذا غير معلوم ولا مظنون، وقال بعض أصحابنا: فيها وجهان، هل هي إجارة أو جعالة؟ فإن قلنا: هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها. وقال القاضي: إن لم يكن فيها محلل فهي جعالة. وإن كان فيها محلل فعلى وجهين. وهذا كله بعيد. لأن الجعل ليس هو في مقابلة العمل. بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقاً. وقد عمل العمل، وإنما هو عرض عن السبق. ولا تعلم القدرة عليه. ولأنه لا فائدة للجاعل فيه، ولا هو مراد له، وإذا لم تكن إجارة مع عدم المحلل فمع وجوده أولى. لأن مستحق الجعل هو السابق، وهو غير معين. ولا يجوز استئجار رجل غير معين. ثم لو كانت إجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ولا يظن. فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الآبق واللقطة. ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والأجرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينة مثل إجارة الدار والعبد المعين والجمل المعين مدة معلومة، أو لحمل شيء معين إلى مكان معلوم. لأن هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة. ولا يمكن استيفاؤه أحق من الرهن. لأن منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها. وتبطل الإجارة بتلف العين. وإن وقعت الإجارة على منفعة في الذمة، كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به لأنه ثابت في الذمة، ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين. ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا.

فصل: فأما الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعواري والمقبوض ببيع فاسد، والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان:

أحدهما: لا يصح الرهن بها. وهو مذهب الشافعي. لأن الحق غير ثابت في الذمة. فأشبه ما ذكرنا. ولأنه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب. ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب، وإن أخذ الرهن على عينها لم يصح. لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن. فأشبه أثمان البياعات المتعينة.

والثاني: يصح أخذ الرهن بها. وهو مذهب أبي حنيفة. وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها، يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالمبيع. يجوز أخذ الرهن لأنه مضمون بفساد العقد. لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق. وهذا حاصل. فإن الرهن بهذه

الأعيان يحمل الراهن على أدائها. وإن تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الراهن فأشبهت الدين في الذمة.

فصل: قال القاضي: كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به. وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به، إلا ثلاثة أشياء: عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها والكتابة لا يصح الرّهن بدينها وفي ضمانها روايتان. وما لم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه. والفرق بينهما من وجهين.

أحدهما: أن الرهن بهذه الأشياء يبطل الإرفاق. فإنه إذا باع عبده بألف ودفع رهناً يساوي ألفاً فكأنه ما قبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب إذا دفع ما يساوي كتابته فما ارتفق بالأجل. لأنه كان يمكنه بيع الرهن أو بقاء الكتابة، ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا.

الثاني: أن ضرر الرهن يعم. لأنه يدوم بقاؤه عند المشتري، فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه.

فصل: إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في حلول الأجل فالقول قول المسلم إليه. لأنه منكر. وإن اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك. وإن اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم إليه لذلك. وإن اتفقا عليه وقال أحدهما: كان في المجلس قبل التفرق، وقال الآخر: بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لأن معه سلامة العقد. وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته. لأنها مثبتة والأخرى نافية.

باب القرض

والقرض نوع من السلف. وهو جائز بالسنة والإجماع. أما السنة. فروى أبو رافع «أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً[1]، فقدمت على النبي ﷺ إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره. فرجع إليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجد فيها إلا خياراً[2] رباعياً. فقال: أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاء» رواه مسلم، وعن ابن مسعود: أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة» وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر. فقلت: يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة» رواهما ابن ماجه، وأجمع المسلمون على جواز القرض.

فصل: والقرض مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقترض. لما روينا من الأحاديث. ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة. والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه» وعن أبي الدرداء أنه قال: «لأن أقرض دينارين ثم يردان، ثم أقرضهما أحب إليّ من أن أتصدق بهما» ولأن فيه تفريجاً عن أخيه المسلم وقضاء لحاجته وعوناً له. فكان مندوباً إليه كالصدقة عليه وليس بواجب. قال أحمد: لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض. وذلك لأنه من المعروف. فأشبه صدقة التطوع. وليس بمكروه في حق المقرض. قال أحمد: ليس القرض من المسألة، يعني ليس بمكروه. وذلك لأن النبي ﷺ «كان يستقرض» بدليل حديث أبي رافع ولو كان مكروهاً كان

---

(١) البكر: الجمل الفتي القوي.

(٢) رباعياً: أي ذكراً من الجمال نبتت رباعيته وهي رابعة أسنانه من الأمام.

أبعد الناس منه. ولأنه إنما يأخذه بعوضه، فأشبه الشراء بدين في ذمته. قال ابن أبي موسى: لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده، يعني ما لا يقدر على وفائه. ومن أراد أن يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله، ولا يغره من نفسه، إلا أن يكون الشيء اليسير الذي لا يتعذر رد مثله. قال أحمد: إذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجبني، وقال: ما أحب أن يقترض بجاهه لإخوانه. قال القاضي: يعني إذا كان من يقترض له غير معروف بالوفاء، لكونه تغريراً بمال المقرض وإضراراً به. أما إذا كان معروفاً بالوفاء لم يكره. لكونه إعانة له وتفريجاً لكربته.

فصل: ولا يصح إلا من جائز التصرف لأنه عقد على المال. فلم يصلح إلا من جائز التصرف كالبيع. وحكمه في الإيجاب والقبول حكم البيع على ما مضى. ويصح بلفظ السلف والقرض، لورود الشرع بهما، وبكل لفظ يؤدي معناهما، مثل أن يقول: ملكتك هذا على أن ترد عليَّ بدله، أو توجد قرينة دالة على إرادة القرض. فإن قال: ملكتك، ولم يذكر البدل، ولا وجد ما يدل عليه. فهو هبة. فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له. لأن الظاهر معه. لأن التمليك من غير عوض هبة.

فصل: ولا يثبت فيه خيار ما. لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره. فأشبه الهبة. والمقترض متى شاء رده. فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له. ويثبت الملك في القرض بالقبض. وهو عقد لازم في حق المقرض، جائز في حق المقترض. فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك. وقال الشافعي: له ذلك لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية.

ولنا: إنه أزال ملكه بعوض من غير خيار. فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع. ويفارق المغصوب والعارية. فإنه لم يزل ملكه عنهما. ولأنه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما. وفي مسألتنا بخلافه. فأما المقترض فله رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب. لأنه على صفة حقه فلزمه قبوله كالمسلم فيه، وكما لو أعطاه غيره. ويحتمل أن لا يلزم المقترض قبول ما ليس بمثلي لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين. فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه. فلم يجب قبوله كالمبيع.

فصل: وللمقرض المطالبة ببدله في الحال. لأنه سبب يوجب رد المثل في المثليات. فأوجبه حالاً كالإتلاف. ولو أقرضه تفاريق. ثم طالبه بها جملة فله ذلك. لأن الجميع حال. فأشبه ما لو باعه بيوعاً حالة ثم طالبه بثمنها جملة. وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالاً. وكل دين حل أجله لم يصر مؤجلاً بتأجيله. وبهذا قال الحارث العكلي والأوزاعي وابن المنذر والشافعي. وقال مالك والليث: يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء. فملكا الزيادة

فيه، كخيار المجلس وقال أبو حنيفة: في القرض وبدل المتلف كقولنا، وفي ثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع كقولها. لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص. فلذلك لم يتأجل. وبقية الأعواض يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها.

ولنا: إن الحق يثبت حالاً والتأجيل تبرع منه ووعد. فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً. وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمي. فالخبر مخصوص بالعارية. فليحق به مما اختلفا فيه لأنه مثله.

ولنا: على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد. فأشبه القرض، وأما الإقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر، بخلاف مسألتنا. وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد. بدليل أنه يجزىء فيه القبض لما يشترط قبضه والتبيين لما في الذمة.

فصل: ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ما له مثل من المكيل والموزون والأطعمة جائز. ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلماً سوى بني آدم: وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز قرض غير المكيل والموزون. لأنه لا مثل له. أشبه الجواهر.

ولنا: إن النبي ﷺ «استسلف بكراً» وليس بمكيل ولا موزون. ولأن ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف: فجاز قرضه كالمكيل والموزون، وقولهم: لا مثل له. خلاف أصلهم. فإن عند أبي حنيفة لو أتلف على رجل ثوباً ثبت في ذمته مثله، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته. فأما ما لا يثبت في الذمة سلماً كالجواهر وشبهها، فقال القاضي: يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة، والجواهر كغيرها في القيم. وقال أبو الخطاب: لا يجوز قرضها. لأن القرض يقتضي رد المثل. وهذه لا مثل لها. ولأنه لم ينقل قرضها، ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق، ولا يثبت في الذمة سلماً. فوجب إبقاؤها على المنع. ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون. فإذا قلنا: الواجب رد المثل. لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلماً لتعذر رد مثلها، وإن قلنا الواجب رد القيمة. جاز قرضه لإمكان رد القيمة. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: فأما بنو آدم فقال أحمد: أكره قرضهم. فيحتمل كراهية تنزيه. ويصح قرضهم، وهو قول ابن جريج والمزني. لأنه مال يثبت في الذمة سلماً. فصح قرضه كسائر الحيوان، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم. فلا يصح قرضهم. اختاره القاضي. لأنه لم ينقل قرضهم،

ولا هو من المرافق. ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء. وهو قول مالك والشافعي، إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن. لأن الملك بالقرض ضعيف. فإنه لا يمنعه من ردها على المقرض. فلا يستباح به الوطء، كالملك في مدة الخيار: وإذا لم يبح الوطء فلم يصح القرض لعدم القائل بالفرق. ولأن الأبضاع مما يحتاط لها، ولو أبحنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطؤها ثم يردها من يومه، ومتى احتاج إلى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها، كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يرده.

ولنا: إنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والإماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك. فإنه مطلق لسائر التصرفات، بخلاف الملك في مدة الخيار، وقولهم: متى شاء المقترض ردها ممنوع. فإننا إذا قلنا: الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الأمة. وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله. ولا يصح اقتراضه، كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة، كما لو وقع ذلك في البيع، وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الأجل ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجواري، كالبيع في مدة الخيار. وعدم القائل بالفرق ليس بشيء على ما عرف في مواضعه، وعدم نقله ليس بحجة. فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز.

فصل: وإذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يجز. لأن القرض فيها يوجب رد المثل. فإذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء، وكذلك لو اقترض مكيلاً أو موزوناً جزافاً لم يجز لذلك. ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يجز. لأنه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل. فأشبه السلم في مثل ذلك. وقال الإمام أحمد: في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مسماة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس. وإن كان غير محدود كرهته، فكرهه إذا لم يكن محدوداً لأنه لا يمكنه رد مثله، وإن كانت الدراهم يتعامل بها عدداً فاستقرض عدداً رد عدداً. وإن استقرض وزناً رد وزناً. وهذا قول الحسن وابن سيرين والأوزاعي، واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً. وأعطاه بالبصرة عدداً لأنه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس. فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وزناً فرد وزناً.

فصل: ويجب رد المثل في المكيل والموزون. لا نعلم فيه خلافاً، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله أن ذلك جائز وأن للمسلف أخذ ذلك. ولأن المكيل والموزون يضمن في الغصب والإتلاف بمثله. فكذا ههنا، فأما غير المكيل والموزون ففيه وجهان:

أحدهما: يجب رد قيمته يوم القرض. لأنه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال الإتلاف والغصب.

والثاني: يجب رد مثله. لأن النبي ﷺ «استسلف من رجل بكراً فرد مثله». ويخالف الإتلاف. فإنه لا مسامحة فيه. فوجبت القيمة. لأنها أحصر، والقرض أسهل. ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا، ويعتبر مثل صفاته تقريباً. فإن حقيقة المثل إنما توجد في المكيل والموزون. فإن تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل. لأن القيمة ثبتت في ذمته حينئذ، وإذا قلنا: تجب القيمة وجبت حين القرض. لأنها حينئذ ثبتت في ذمته.

فصل: ويجوز قرض الخبز. ورخص فيه أبو قلابة ومالك. ومنع منه أبو حنيفة.

ولنا: إنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات. وإذا أقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز. وإن أخذه عدداً فرده عدداً فقال الشريف أبو جعفر: فيه روايتان:

إحداهما: لا يجوز. لأنه موزون. أشبه سائر الموزونات.

والثانية: يجوز. قال ابن أبي موسى: إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل، فلا يحتاج إلى الوزن والوزن أحب إليّ ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: «يا رسول الله، إن الجيران يستقرضون الخبز والخمير، ويردون زيادة ونقصاناً. فقال: لا بأس، إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل» ذكره أبو بكر في الشافي بإسناده. وفيه أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل «أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير؟ فقال: سبحان الله، إنما هذا من مكارم الأخلاق، فخذ الكبير وأعط الصغير، وخذ الصغير وأعط الكبير، خيركم أحسنكم قضاء. سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك» ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه، وتدخله المسامحة. فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجرة، والركوب في سفينة الملاح وأشباه هذا. فإن شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود، أو أعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً. وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً. لأن الأصل تحريم ذلك، وإنما أبيح لمشقة إمكان التحرز منه. فإذا قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه. فحرم بحكم الأصل، كما لو فعل ذلك في غيره.

فصل: وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أم هدية فأسلف على ذلك: أن أخذ الزيادة على ذلك ربا. وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود: أنهم نهوا عن قرض جر منفعة. ولأنه عقد إرفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه. ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة. مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحاً أو نقداً ليعطيه خيراً منه وإن

شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لحمله مؤنة لم يجز. لأنه زيادةٌ وإن لم يكن لحمله مؤنة جاز. وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن بن علي، وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الأسود وأيوب السختياني والثوري وأحمد وإسحاق وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبدة بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لأنه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه: اشتراط القضاء في بلد آخر وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لهما جميعاً. وقال عطاء: كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها إلى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه. فسئل عن ذلك ابن عباس؟ فلم ير به بأساً. وروي عن علي رضي الله عنه: أنه سئل عن مثل هذا؟ فلم ير به بأساً. وممن لم ير به بأساً: ابن سيرين والنخعي، رواه كله سعيد. وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد أخرى ليربح خطر الطريق والصحيح جوازه. لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما. والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها. ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه. ولا في معنى المنصوص. فوجب إبقاؤه على الإباحة. وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى لم يجز. لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع وسلف» ولأنه شرط عقداً في عقد فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره. وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها، أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها، أو على أن يهدي له هدية، أو يعمل له عملاً كان أبلغ في التحريم. وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله. ولم يجز قبوله إلا أن يكافئه، أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينهما قبل القرض. لما روى الأثرم «أن رجلاً كان له على سماك عشرون درهماً. فجعل يهدي إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهماً. فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم» وعن ابن سيرين «أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم. فأهدى إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه. فردها عليه ولم يقبلها فأتاه أبي فقال: لقد علم أهل المدينة أني من أطيبهم ثمرة، وأنه لا حاجة لنا فيم منعت هديتنا؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل» وعن زر بن حبيش قال: «قلت لأبي بن كعب: إني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق. فقال: إنك تأتي أرضاً فاش فيها الربا. فإن أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك بقرضك ومعه هدية، فاقبض قرضك واردد عليه هديته» رواهما الأثرم، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال: «قدمت المدينة، فلقيت عبدالله بن سلام ـ وذكر حديثاً ـ وفيه: ثم قال لي: إنك بأرض فيها الربا فاش. فإذا كان لك على رجل دين فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير، أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا» قال ابن أبي موسى: ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة. ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله. لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال: رسول الله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم

قرضاً، فأهدى إليه أو حمله على الدابة. فلا يركبها ولا يقبله، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» وهذا كله في مدة القرض فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط فقضاه خيراً منه في القدر، أو الصفة أو دونه برضاهما جاز. وكذلك إن كتب له بها سفتجة[1] أو قضاه[2] في بلد آخر جاز. ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق. وقال أبو الخطاب: إن قضاه خيراً منهُ أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة فعلى روايتين. وروي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر: أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً. لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جر منفعة.

ولنا: إن النبي ﷺ «استسلف بكراً فرد خيراً منه. وقال: خيركم أحسنكم قضاء» متفق عليه. وللبخاري أفضلكم أحسنكم قضاء ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه. فحلت كما لو لم يكن قرض. وقال ابن أبي موسى: إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه. فإن أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه كان حراماً، قولاً واحداً. وإن كان الرجل معروفاً بحسن القضاء لم يكره إقراضه. وقال القاضي: فيه وجه آخر أنه يكره. لأنه يطمع في حسن عادته وهذا غير صحيح فإن النبي ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: إن إقراضه مكروه؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم. وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسألته، وتفريج كربته. فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً. وإنما يمنع من الزيادة المشروطة. ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز. وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز، قولاً واحداً. لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه، فكان ربا.

فصل: وإن شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه، وكان ذلك مما يجري فيه الربا لم يجز، لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه. وإن كان في غيره لم يجز أيضاً. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وفي الوجه الآخر: يجوز. لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض، وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه، بخلاف الزيادة.

---

(١) السفتجة: أن يعطي مالاً لشخص ويكون لهذا الشخص مال في بلد آخر. فيعطيه ماله في البلد الآخر فيستفيد أمن الطريق.

(٢) أي من غير سفتجة ولا كتابة.

ولنا: إن القرض يقتضي المثل. فشرط النقصان يخالف مقتضاه. فلم يجز كشرط الزيادة.

فصل: ولو اقترض من رجل نصف دينار فدفع إليه ديناراً صحيحاً وقال: نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك، أو سلماً في شيء صح. وإن امتنع المقرض من قبوله فله ذلك، لأن عليه في الشركة ضرراً، ولو اشترى بالنصف الثاني من الدينار سلعة جاز، إلا أن يكون ذلك عن مشارطة فقال: أقضيك صحيحاً بشرط أني آخذ منك بنصفه الباقي قميصاً، فإنه لا يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا ليعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقضي، ولو لم يكن شرطاً جاز، فإن ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز، وكانا شريكين فيه، وإن اتفقا على كسره كسراه، فإن اختلفا لم يجبر أحدهما على كسره، لأنه ينقص قيمته.

فصل: ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز، لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرماً لذلك. ولو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله، فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئاً، ولو أقرض أكاره[1] ما يشتري به بقراً يعمل عليها في أرضه، أو بذراً يبذره فيها، فإن شرط ذلك في القرض لم يجز، لأنه شرط ما ينتفع به، فأشبه شرط الزيادة، وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبي موسى: لا يجوز، لأنه قرض جر منفعة، قال ولو قال: أقرضني ألفاً وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلث كان خبيثاً. والأولى جواز ذلك، إذا لم يكن مشروطاً، لأن الحاجة داعية إليه، والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً. فأشبه أخذ السفتجة به وإيفاءه في بلد آخر. ولأنه مصلحة لهما جميعاً، فأشبه ما ذكرنا.

فصل: قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئاً فخرجت زيوفاً: فالبيع جائز، ولا يرجع عليه بشيء. يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن. لأنها دراهمه فعيبها عليه، وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً. وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها وهو يعلم عيبها. فأما إن باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بها. فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه. وللمشتري ردها على البائع، وفاء عن القرض. ويبقى الثمن في ذمته. وإن حسبها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز. قال: ولو أقرض رجلاً دراهم، وقال: إذا مت فأنت في حل كانت وصية. وإن قال: إن مت فأنت في حل لم يصح. وذلك لأن هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط. والأول وصية. لأنه علق ذلك على موت نفسه. والوصية جائزة. قال: ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائة عدداً والوزن واحد، وكانت لا تنفق في مكان إلا بالوزن

---

(١) الأكار: الحارث زارع الأرض بالأجر، أو ببعض ما يخرج منها.

جاز، وإن كانت تنفق برؤوسها فلا. وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان برؤوسها كان ذلك زيادة. لأن التسعين من المائة تقوم مقام التسعين التي أقرضه إياها، ويستفضل عشرة. ولا يجوز اشتراط الزيادة وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثر عددها. قال: ولو قال اقترض لي من فلان مائة، ولك عشرة. فلا بأس، ولو قال: اكفل عني ولك ألف لم يجز. وذلك لأن قوله: اقترض لي ولك عشرة جعالة على فعل مباح فجازت كما لو قال: ابن لي هذا الحائط ولك عشرة. وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين. فإذا أداه له على المكفول عنه. فصار كالقرض. فإذا أخذ عوضاً صار القرض جاراً للمنفعة فلم يجز.

فصل: قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات، سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله. ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله، سواء تغير سعره أو لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله، وإن كان القرض فلوساً أو مكسرة فحرمها السلطان وتركت المعاملة بها. كان للمقرض قيمتها. ولم يلزمه قبولها، سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها. لأنها تعيبت في ملكه. نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة. وقال: يقومها كم تساوي يوم أخذها؟ ثم يعطيه، وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً. قال القاضي: هذا إذا اتفق الناس على تركها. فأما إن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزم أخذها وقال مالك والليث بن سعد والشافعي: ليس له إلا مثل ما أقرضه لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها، فجرى مجرى نقص سعرها.

ولنا: إن تحريم السلطان لها منع إنفاقها وأبطل ماليتها. فأشبه كسرها أو تلف أجزائها، وأما رخص السعر فلا يمنع ردها، سواء كان كثيراً، مثل أن كانت عشرة بدانق فصارت عشرين بدانق[1] أو قليلاً. لأنه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر، فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت.

فصل: وإذا أقرضه ما لحمله مؤنة ثم طالبه بمثله ببلد آخر لم يلزمه، لأنه لا يلزمه حمله له إلى ذلك البلد، فإن طالبه بالقيمة لزمه، لأنه لا مؤنة لحملها، فإن تبرع المستقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك، لأن عليه ضرراً في قبضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المكان الذي أقرضه فيه، وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي أقرضه فيه، لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه، وإن كان القرض أثماناً أو مالاً مؤنة في حمله وطالبه بها وهما ببلد آخر، لزمه دفعه إليه، لأن تسليمه إليه في هذا البلد وغيره واحد.

---

(١) الدانق: سدس الدرهم.

فصل: وإن أقرض ذمي ذمياً خمراً، ثم أسلما أو أحدهما. بطل القرض. ولم يجب على المقترض شيء، سواء كان هو المسلم أو الآخر. لأنه إذا أسلم لم يجز أن يجب عليه خمر لعدم ماليتها. ولا يجب بدلها لأنها لا قيمة لها. ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها. وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك.

كتاب الرهن

الرهن في اللغة: الثبوت والدوام. يقال: ماء راهن، أي راكد، ونعمة راهنة، أي ثابتة دائمة، وقيل: هو من الحبس. قال الله تعالى: ﴿كُلُّ امْرِىءٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] وقال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨].

وقال الشاعر:

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها، لشدة وجده بها بالرهن الذي يلزمه المرتهن فيبقيه عنده ولا يفارقه. وغلق الرهن استحقاق المرتهن إياه لعجز الراهن عن فكاكه. والرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه. وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وتقرأ(فرهن) والرهان جمع رهن والرهن جمع الجمع. قاله الفراء، وقال الزجاج: يحتمل أن يكون جمع رهن. مثل سقف وسقف. وأما السنة: فروت عائشة رضي الله عنها «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه» متفق عليه، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته، إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته، إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» رواه البخاري، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن» وأما الإجماع: فأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة.

فصل: ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر. قال ابن المنذر: لا نعلم أحداً خالف في ذلك، إلا مجاهداً. قال: ليس الرهن إلا في السفر. لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ولنا :أن النبي ﷺ «اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه» وكانا بالمدينة. ولأنها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان، فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب، لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً. ولهذا. لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضاً.

فصل: والرهن غير واجب. لا نعلم فيه مخالفاً. لأنه وثيقة بالدين. فلم يجب كالضمان والكفاية، وقول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] إرشاد لنا لا إيجاب علينا. بدليل قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة. والكتابة غير واجبة. فكذلك بدلها.

فصل: ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقع بعد الحق. فيصح بالإجماع لأنه دين ثابت تدعو الحاجة أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان. ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فجعله بدلاً عن الكتابة. فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق. وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بفاء التعقيب.

الحال الثاني: أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين فيقول: بعتك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك سعداً. فيقول: قبلت ذلك. فيصح أيضاً. وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. لأن الحاجة داعية إلى ثبوته. فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترط فيه لم يتمكن من إلزام المشتري عقده، وكانت الخيرة إلى المشتري. والظاهر: أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق.

الحال الثالث: أن يرهنه قبل الحق، فيقول: رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضنيها. فلا يصح في ظاهر المذهب. وهو اختيار أبي بكر والقاضي. وذكر القاضي: أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور. وهو مذهب الشافعي. واختار أبو الخطاب: أنه يصح. فمتى قال: رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه إليه، ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب مالك

وأبي حنيفة. لأنه وثيقة بحق. فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك.

ولنا: إنه وثيقة بحق لا يلزم قبله. فلم تصح قبله كالشهادة، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة. والثمن لا يتقدم البيع، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعاً بالقول، فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن.

مسألة: قال: (ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائز الأمر).

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال بعض أصحابنا: ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان:

إحداهما: لا يلزم إلا بالقبض والأخرى: يلزم بمجرد العقد كالبيع، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني، وحمل القاضي كلام الخرقي على المكيل والموزون خاصة. وليس بصحيح. فإن كلام الخرقي مع عمومه قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم، وهو قوله: فإن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راهنه منقولاً، وإن كان مما لا ينقل كالدور والأرضين فقبضه بتخلية راهنه بينه وبينه. وقال أحمد: في الدار والجارية إذا ردها إلى الرهن لم يكن رهناً في الحال. وهذا كقول الخرقي وقال مالك: يلتزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض. لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وصفها بكونها مقبوضة. ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول. فافتقر إلى القبض كالفرض ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم إقباضه، كما لو مات الراهن، ولا يشبه البيع فإنه معاوضة، وليس بإرفاق. وقول الخرقي: «من جائز الأمر» يعني أن الراهن الذي يرهن ويقبض يكون جائز التصرف في ماله. وهو الحر المكلف الرشيد، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فلس، ويعتبر ذلك في حال رهنه وإقباضه. لأن العقد والتسليم ليس بواجب. وإنما هو إلى اختيار الراهن، فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ولأنه نوع تصرف في المال، فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن كالبيع. فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن. لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته، كالبيع الذي فيه الخيار. ويقوم ولي المجنون مقامه. فإن كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقبيض، مثل أن يكون شرطاً في بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه. وإن كان الحظ في تركه لم يجز له تقبيضه وإن كان المجنون المرتهن قبضه وليه إن اختار الراهن، وإن امتنع لم يجبر. وإذا مات قام وارثه مقامه في القبض. فإن مات الرهن لم

يلزم ورثته تقبيضه. لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك. فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فأحب الورثة تقبيض الرهن جاز، وإن كان عليه دين سواه فظاهر المذهب: أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن، نص عليه أحمد. في رواية علي بن سعيد، وهو مذهب الشافعي وذكر القاضي فيه رواية أخرى: أن لهم ذلك، أخذاً مما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال: إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء، ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله. وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد، لأنه خاص وهذا عام، والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها. فكيف يعارض به الخاص؟ لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض، ووجب تقبيضه على الراهن. فكذلك على وارثه. ويختص بما عدا المكيل والموزون، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقبيضه. لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن. فلم يجز تخصيصه به بغير رضاهم؛ كما لو أفلس الراهن إلا إذا قلنا: إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم.

فإن قيل: فما الفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يختص به المرتهن؟

قلنا: فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه فيتم الرهن ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن في القبض وما بعده. لكون الإذن يبطل بالجنون والموت والإغماء والحجر.

فصل: ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه. لأن فيه تخصيصاً للمرتهن بثمنه. وليس له تخصيص بعض غرمائه. وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على ما أسلفناه. وإن أغمي عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن. وليس لأحد تقبيضه. لأن المغمى عليه لا ولاية عليه. وإن أغمي على المرتهن لم يكن لأحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن أيضاً. وانتظر إفاقته، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو إشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين إن أذن في القبض جاز وإلا فلا، وإن لم تفهم إشارته ولا كتابته لم يجز القبض وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن. لأن إذنهم يبطل بما عرض لهم. وجميع هذا تناوله قول الخرقي «من جائز الأمر» وليس أحد من هؤلاء جائز الأمر.

فصل: إذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقاً أو رهنه ثانياً بطل الرهن الأول، سواء قبض الهبة والمبيع والرهن الثاني أو لم يقبضه. لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك، وإن دبر العبد أو أجره أو زوج الأمة لم يبطل الرهن. لأن هذا التصرف لا يمنع البيع. فلا يمنع صحة الرهن. ولأنه لا

يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه. وإن كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب. فإن قلنا: يجوز رهنه. لم يبطل رهنه. وإن قلنا: لا يجوز رهنه. بطل رهنه كما لو أعتقه.

فصل: واستدامة القبض شرط للزوم الرهن. فإذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن، وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إبداع أو غير ذلك. فإذا عاد فرده إليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق. قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا ارتهن داراً ثم أكراها صاحبها خرجت من الرهن. فإذا رجعت إليه صارت رهناً. وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها إليه لتخبز لهم، فبعث بها، فوطئها انتقلت من الرهن. فإن لم يكن وطئها فلا شيء، قال أبو بكر: لا يكون رهناً في تلك الحال. فإذا ردها رجعت إلى الرهن. وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة. وهذا على القول الصحيح. فأما على قول من قال: ابتداء القبض ليس بشرط. فأولى أن يقول: الاستدامة غير مشترطة. لأن كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء، وقد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر في الاستدامة. قال أبو الخطاب: إذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطاً في الاستدامة. وقال الشافعي: استدامة القبض ليست شرطاً. لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه. فلم يشترط استدامته كالهبة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] لأنها إحدى حالتي الرهن. فكان القبض فيها شرطاً كالابتداء ويفارق الهبة. لأن القبض في ابتدائها يثبت الملك فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانياً والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه. فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة. وإن أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو إباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل الرهن. لأن يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل.

فصل: وليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن. لأنه لا يلزمه تقبيضه فاعتبر إذنه في قبضه كالواهب، فإن تعدى المرتهن فقبضه بغير إذن لم يثبت حكمه، وكان بمنزلة من لم يقبض. وإن أذن الراهن في القبض ثم رجع عن الإذن قبله زال حكم الإذن. وإن رجع عن الإذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه. لأن الرهن قد لزم لاتصال القبض به. وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الإذن في القبض الثاني. لأنه قبض يلزم به الرهن أشبه الأول ويقوم ما يدل على الإذن مقامه، مثل إرساله العبد إلى مرتهنه ورده لما أخذه من المرتهن إلى يده ونحو ذلك. لأن ذلك دليل على الإذن. فاكتفى به كدعاء الناس إلى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجري مجرى الإذن في أكله.

مسألة: قال: (والقبض فيه من وجهين، فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إياه من راهنه منقولاً، وإن كان مما لا ينقل، كالدور والأرضين، فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه).

وجملة ذلك: أنّ القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة. فإن كان منقولاً فقبضه نقله أو تناوله وإن كان أثماناً أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها، وإن كان مكيلاً رهنه بالكيل أو موزوناً رهنه بالوزن فقبضه اكتياله أو اتزانه. لقول النبي ﷺ: «إذا سميت الكيل فكل» وإنْ ارتهن الصبرة جزافاً أو كان ثياباً أو حيواناً فقبضه نقله. لقول ابن عمر كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» متفق عليه. وإن كان الرهن غير منقول كالعقار والثمرة على الشجرة فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل. بأن يفتح له باب الدار أو يسلم إليه مفتاحها. وإن خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن صح التسليم. لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم، كالثمرة في الشجرة. وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فسلمها إليه صح التسليم. ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها إليه بحملها صح القبض. لأن القبض حصل فيهما جميعاً. فيكون موجوداً في الرهن منهما.

فصل: وإن رهنه سهماً مشاعاً مما لا ينقل خلى بينه ر نه، سواء حضر الشريك أو لم يحضر. وإن كان منقولاً كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها، ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك. فإن رضي الشريك تناولها. وإن امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز. وناب عنه في القبض. وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما. وإن ناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها. فإن قلنا: استدامة القبض شرط. لم يكفه ذلك التناول، وإن قلنا: ليس بشرط فقد حصل القبض. لأن الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره فأشبه ما لو رهنه ثوباً فسلمه إليه مع ثوب لغيره فتناولهما معاً. ولو رهنه ثوباً فاشتبه عليه بغيره فسلم إليه أحدهما لم يثبت القبض. لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن. فإن تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم، وإن سلم إليه الثوبين معاً حصل القبض لأنه قد تسلم الرهن يقيناً.

فصل: ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها، ثم خرج الراهن صح القبض. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها. لأنه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية.

ولنا: إن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع. فأشبه ما لو كانا خارجين عنها. ولا يصح ما ذكره. ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها، ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها؟ ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله. فلا معنى لإعادة التخلية.

فصل: وإن رهنه مالاً له في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصباً أو نحوه صح الرهن. لأنه مالك له يمكن قبضه. فصح رهنه، كما لو كان في يده. وظاهر كلام أحمد: لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد. فإنه قال: إذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن. فلم يعتبر أمراً زائداً. وذلك لأن اليد ثابتة والقبض حاصل. وإنما يتغير الحكم لا غير. ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض، كما لو طولب بالوديعة فجحدها لتغير الحكم، وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد. ولو عاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها: خذ وديعتك. فقال: دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد. وقال القاضي وأصحاب الشافعي: لا يصير رهناً حتى تمضي مدة يتأتى قبضه فيها: فإن كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها. وإن كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وإن كان غير منقول فيمضي مدة التخلية، وإن كان غائباً عن المرتهن لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها. لأن العقد يفتقر إلى القبض والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ويكفي ذلك ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض لأنه مقبوض حقيقة. فإن تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه. ثم هل يفتقر إلى الإذن من الراهن في القبض؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يفتقر لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم. فلم يحصل بغير إذن، كما لو كان في يد الراهن. وإقراره في يده لا يكفي. كما لو أقر المغصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه.

والثاني: لا يفتقر إلى إذن في القبض. لأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض. فإن أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن، حتى يعود فيأذن، ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها.

فصل: فإذا رهنه المضمون، كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على توجه السوم، صح وزال الضمان. وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يزول الضمان. ويثبت فيه حكم الرهن. والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله. لأنه لا تنافي بينهما. بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً ضمان الغصب. وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه. لأنه أحد حالتي الرهن.

إنه ولنا: إنه مأذون له في إمساكه رهناً لم يتجدد منه فيه عدوان. فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه، أو أبرأه من ضمانه. وقولهم: لا تنافي بينهما ممنوع. فإن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له، ويد المرتهن يد أمانة. ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة. وهذا متنافيان. ولأن السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله، كما لو رده إلى مالكه. وذلك لأن سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما. وهذا لم يبق غاصباً ولا مستعيراً ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه. وأما إذا تعدى في الرهن فإنه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصباً ولا مستعيراً. وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت.

فصل: ويجوز أن يوكل في قبض الرهن، ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه. وإن وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح. ولم يكن ذلك قبضاً. لأن الرهن وثيقة ليستوفى الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن. فإذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة. وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع إلى البائع غرارة وقال: كل حقي في هذه ففعل. كان ذلك قبضاً، فيخرج ههنا كذلك.

فصل: وإذا أقر الراهن بتقبيض الرهن، أو أقر المرتهن بقبضه، كان ذلك مقبولاً فيما يمكن صدقهما فيه. وإن أقر الراهن بالتقبيض ثم أنكره وقال: أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئاً، أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكر، فالقول قول المقر له. فإن طلب لمنكر يمينه ففيه وجهان.

أحدهما: لا يلزمه يمين. لأن الإقرار أقوى من البينة، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهور عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الإقرار.

والثاني: يلزمه اليمين. وهو قول الشافعي في منصوصه. لأن العادة جارية بأن الإنسان يشهد على نفسه بالقبض قبله، فتسمع دعواه. ويلزم خصمه اليمين. لما ذكرنا من حكم العادة. وهذا أجود ويفارق البينة فإنها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة، وقال القاضي: إن كان المقر غائباً فقال: أقررت لأن وكيلي كتب إليّ بذلك، ثم بان لي خلافه. سمعنا قوله، وأحلفنا خصمه. وإن أقر أنه باشر ذلك بنفسه، ثم عاد فأكذب نفسه. لم يحلف خصمه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فأما إن اختلفا في القبض فقال المرتهن: قبضته وأنكر الراهن، فالقول قول من هو في يده. لأنه إن كان في يد الراهن فالأصل معه، وهو عدم الإقباض، ولم يوجد ما يدل على خلافه. وإن كان في يد المرتهن فقد وجد القبض، لكونه لا يحصل في يده إلا بعد قبضه. وإن اختلفا في الإذن فقال الراهن: أخذته بغير إذني. قال: بل بإذنك، وهو في يد المرتهن. فالقول قوله. لأن الظاهر معه. فإن العقد قد وجد، ويده تدل على

أنه بحق. ويحتمل أن يكون القول قول الراهن. لأن الأصل عدم الإذن، وهذا مذهب الشافعي. وذكر القاضي هذين الوجهين.

فصل: وإذا رهنه عينين فتلفت إحداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية، لأن العقد كان صحيحاً فيهما وإنما طرأ انفساخ العقد في إحداهما فلم يؤثر، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو إقالة، والراهن مخير بين إقباض الباقية وبين منعها، وإن كان التلف بعد قبض الأخرى فقد لزم الرهن فيها، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله، فإن رضي لم يكن له المطالبة ببدل التالفة، لأن الرهن لم يلزم فيها. وتكون المقبوضة رهناً بجميع الثمن، ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار، فإذا تلف بعضه أولى، ثم إن كان تلفها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهن فيها، وإن كان قبل قبض الأخرى فالراهن مخير بين إقباضها وبين تركه. فإن امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار، كما لو لم تتلف الأخرى.

فصل: وإن رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها، لم ينفسخ عقد الرهن. لأن ماليتها لم تذهب بالكلية، فإن عرصتها وأنقاضها باقية. ويثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع لأنها تعيبت ونقصت قيمتها.

فإن قيل: فلمَ لا ينفسخ عقد الرهن كما تنفسخ الإجارة؟

قلنا: الإجارة عقد على منفعة السكنى، وقد تعذرت وعدمت. فبطل العقد لعدم المعقود عليه، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالأعيان التي فيها المالية وهي باقية وعلى هذا تكون العرصة والأنقاض من الأخشاب والأحجار ونحوهما من الرهن لأن العقد ورد على جميع الأعيان والأنقاض منها. وما دخل في العقد استقر بالقبض.

فصل: وكل عين جاز بيعها جاز رهنها. لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن. وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل لحكمته، إلا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفي الحكم لانتفائه. فصح رهن المشاع لذلك، وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبتي والأوزاعي وسوار والعنبري والشافعي وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي: لا يصح رهنه، إلا أن يرهنه من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد. أو يرهن رجلاً داره من رجلين فيقبضانها معاً، لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به. فلم يصح، كما لو تزوج أخته من الرضاع.

بيانه: أن مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه، لأن شريكه ينتزعه يوم نوبته. ولأن استدامة القبض شرط، وهذا يستحسن زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد. فلم يصح رهنه كالمغصوب.

ولنا: إنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة. ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك. ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية. فإنه يصح عندهم.

فصل: ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه، سواء رهنه مشاعاً في نصيبه، مثل أن يرهن نصف نصيبه، أو يرهن نصيبه من معين، مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه. وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته لاحتمال أن يقتسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه.

ولنا: إنه يصح بيعه. فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح. لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه.

فصل: ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني، سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها. وقال القاضي: لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر: أنه لا يصح رهن الجاني وهو مذهب الشافعي. ومبنى الخلاف في هذا: على الخلاف في بيعه وقد سبق الكلام فيه في موضعه. ثم إن كان المرتهن عالماً بحاله فلا خيار له. لأنه دخل على بصيرة، فأشبه المشتري إذا علم العيب وإن لم يكن عالماً ثم علم بعد إسلام المرتد ونداء الجاني. فكذلك. لأن العيب زال. فهو كما لو زال عيب المبيع، وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطاً في عقد بيع لأن الشرط اقتضاه سليماً. فإذا سلم إليه معيباً ملك الفسخ كالبيع، وإن اختار إمساكه فليس له أرش ولا شيء. لأن الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى. وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص، أو أخذ في الجناية. فلا أرش للمرتهن. وذكر القاضي: أن قياس المذهب: أن له الأرش في هذه المواضع قياساً على البيع. وليس الأمر كذلك. فإن المبيع عوض عن الثمن. فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله، مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض. ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء، فكيف يستحق الرجوع ببدل غيبة أو فوات بعضه؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر، ويباع في الجناية لأن حق المجني عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن، فعلى هذا إن استغرق بالأرش قيمته بيع وبطل الرهن، وإن لم يستغرقها بيع منه بقدر الأرش والباقي رهن.

فصل: ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه. ومنع منه أبو حنيفة والشافعي. لأنه علق عتقه بصفة. أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق.

ولنا: إنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين، أشبه الإجارة، ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق، أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق. وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين، لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة، فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود. والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير. ويقدم عليه. فلا يمنع حصول المقصود. والحكم فيها إذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه. ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن. وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي. وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين بيع المدبر في الدين، وبطل التدبير. لأن الدين مقدم على التدبير. ولا يبطل الرهن، وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين، وعتق منه ثلث الباقي. وما بقي للورثة.

فصل: فأما المكاتب فالصحيح: أنه لا يصح رهنه. وهو مذهب الشافعي لأن استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح. ولا يمكن ذلك في المكاتب. وقال القاضي: قياس المذهب: صحة رهنه. وهو مذهب مالك. لأنه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه. فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهناً معه. فإن عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهناً. بمنزلة ما لو كسب العبد القن ثم مات.

فصل: وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ومحل الحق آخره لم يصح رهنه، لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق، ولا استيفاء الدين من ثمنه. وإن كان الدين يحل قبلها، مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان، والحق يحل في أوله صح رهنه. لإمكان استيفاء الدين من ثمنه. فإن كانت تحتمل الأمرين كقدوم زيد. فقياس المذهب: صحة رهنه. لأنه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه. فصح رهنه كالمريض والمدبر، وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه. ويحتمل أن لا يصح رهنه، لأن فيه غرراً، إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق، ولأصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا.

فصل: ويجوز رهن الجارية دون ولدها، ورهن ولدها دونها. لأن الرهن لا يزيل الملك. فلا يحصل بذلك تفرقة، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه، والأم مع ولدها. فإن دعت الحاجة إلى بيعها في الدين بيع ولدها معها. لأن الجمع في العقد ممكن، والتفريق بينهما حرام. فوجب بيعه معها. فإذا بيعا معاً تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن، فإذا كانت قيمتها مائة، مع أنها ذات ولد، وقيمة الولد خمسون، فحصتها ثلثا الثمن، وإن لم يعلم المرتهن

بالولد ثم علم، فله الخيار في الرد والإمساك، لأن الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فإن أمسك فهو كما لو علم حال العقد، ولا شيء له غيرها، وإن ردها فله فسخ البيع، إن كانت مشروطة فيه.

فصل: ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد، سواء كان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف، كالعنب والرطب، أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ، ثم إن كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته، فيلزم الراهن كنفقة الحيوان، وإن كان مما لا يجفف، فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه، إن كان حالاً أو يحل قبل فساده، وإن كان لا يحل قبل فساده جعل ثمنه مكانه رهناً، سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق. وقال أصحاب الشافعي: إن كان مما يفسد قبل محل الدين، فشرط المرتهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح، وإن أطلق فعلى قولين: أحدهما: لا يصح. لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه، وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين.

ولنا: إن العرف يقتضي ذلك: لأن المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فإذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد، كتجفيف ما يجف والإنفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج إلى حرز، وأما إذا شرط أن لا يباع فلا يصح، لأنه شرط ما يتضمن فساده وفوات المقصود، فأشبه ما لو شرط أن لا يجفف ما يجف أو لا ينفق على الحيوان.

وإذا ثبت ما ذكرناه فإنه إن شرط للمرتهن بيعه أو أذن له في بيعه بعد العقد أو اتفقا على أن يبيعه الراهن أو غيره باعه، وإن لم يمكن ذلك باعه الحاكم وجعل ثمنه رهناً، ولا يقضي الدين من ثمنه، لأنه ليس له تعجيل وفاء الدين قبل حلوله، وكذلك الحكم إن رهنه ثياباً فخاف تلفها، أو حيواناً وخاف موته، قال أحمد فيمن رهن ثياباً يخاف فسادها كالصوف: أتى السلطان فأمره ببيعها.

فصل: ويجوز رهن العصير لأنه يجوز بيعه. وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجاني. ثم إن استحال إلى حال لا يخرج فيها عن المالية كالخل فالرهن بحاله. وإن صار خمراً زال لزوم العقد ووجبت إراقته. فإن أريق بطل العقد فيه. ولا خيار للمرتهن لأن التلف حصل في يده. وإن عاد خلاً عاد اللزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت إليه. وإن استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن. ولم يعد بعوده خلاً. لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فيه فأشبه إسلام أحد الزوجين قبل الدخول. وذكر القاضي: أن العصير إذا استحال خمراً بعد القبض بطل الرهن. ثم إذا عاد خلاً عاد ملكاً لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق. لأنه يعود مملوكاً بحكم الملك الأول. فيعود حكم الرهن أيضاً. لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده. وهذا مذهب الشافعي. وقال مالك وأبو حنيفة هو رهن

بحاله. لأنه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً، ويجوز أن يصير له قيمة فلا يجوز أن يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني. ولأن اليد لم تزل عنه حكماً، ولهذا لو غصبه غاصب فتخلل في يده كان ملكاً للمغصوب منه ولو زالت يده لكان ملكاً للغاصب، كما لو أراقه فجمعه إنسان فتخلل في يده. كان له، دون من أراقه. وهذا القول هو قولنا الأول في المعنى، إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خمراً. ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهناً باستحالته خلًا وأرى القول ببقائه رهناً أقرب إلى الصحة. لأن العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد.

فإن قالوا: يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله. كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينهما. فإذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الأول، لزوال الاختلاف في الدين.

قلنا: هناك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد. ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد، وإنما العقد كان موقوفاً مراعى. فإذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل وإن لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل. وههنا قد جزمتم ببطلانه.

فصل: وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الأخضر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز: وهو اختيار القاضي. لأن الغرر يقل فيه. فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع. وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك.

والثاني: لا يصح. وهو منصوص الشافعي. لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه، كسائر ما لا يجوز بيعه، وذكر القاضي: أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه، كالمكيل والموزون قبل قبضه. لأن قبضه مستحق. فيمكن المشتري قبضه ثم يقبضه. أما البيع فإنه يفضي إلى أن يربح فيما لم يضمن، وهو منهي عنه. ويحتمل أن لا يصح رهنه. لأنه لا يصح بيعه.

فصل: وفي رهن المصحف روايتان:

إحداهما: لا يصح رهنه. نقل الجماعة عنه: أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه. ولا يحصل ذلك إلا ببيعه، وبيعه غير جائز.

والثانية: يصح رهنه. فإنه قال: إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه. فظاهر هذا صحة رهنه. وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، بناء على أنه يصح بيعه: فصح رهنه كغيره.

فصل: ويجوز أن يستعير شيئاً يرهنه. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل: أن ذلك جائز. وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن. لأن الضرر يختلف بذلك فاحتيج إلى ذكره كأصل الرهن. ومتى شرط شيئاً من ذلك فخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن. لأنه لم يؤذن له في هذا الرهن فأشبه من لم يأذن في أصل الرهن قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ذلك. وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه، مثل أن يأذن له في رهنه بمائة فيرهنه بخمسين صح. لأن من أذن في مائة، فقد أذن في خمسين، وإن رهنه بأكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل في الكل. لأنه خالف المنصوص عليه فبطل، كما لو قال: أرهنه بدنانير فرهنه بدراهم، أو بحال فرهنه بمؤجل، أو بمؤجل فرهنه بحال. فإنه لا يصح. كذلك هاهنا. وهذا منصوص الشافعي.

والوجه الثاني: أنه يصح في المائة. ويبطل في الزائد عليها. لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما دون غيره، كتفريق الصفقة. ويفارق ما ذكرنا من الأصول، فإن العقد لم يتناول مأذوناً فيه بحال. وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر. فإن الراهن قد يقدر على فكاكه في الحال، ولا يقدر على ذلك عند الأجل وبالعكس. وقد يقدر على فكاكه بأحد النقدين دون الآخر فيفوت الفرض بالمخالفة. وفي مسألتنا: إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض. فإن أطلق الرهن في الإذن من غير تعيين، فقال القاضي: يصح وله رهنه بما شاء. وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي.

والآخر: يجوز حتى يبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لأن هذا بمنزلة الضمان. لأن منفعة العبد لسيده، والعارية ما أفادت المنفعة، إنما حصلت له نفعاً يكون الرهن وثيقة عنه، فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح.

ولنا: إنها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن، والدليل على أنه عارية: أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض. فكان عارية كقبضه للخدمة. وقولهم: إنه ضمان غير صحيح لأن الضمان يثبت في الذمة. ولهذا ثبت في الرقبة ولأن الضمان لازم في حق الضامن. وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن وإلزام المستعير بفكاكه بعده. وقولهم: إن المنافع للسيد قلنا: المنافع مختلفة. فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة. وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع، وهو مع ذلك يخيط لسيده، أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيده.

فإن قيل: لو كان عارية لما صح رهنه. لأن العارية لا تلزم والرهن لازم.

قلنا: العارية غير لازمة من جهة المستعير. فإن لصاحب العبد المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين، ولأن العارية قد تكون لازمة. بدليل ما لو أعاره حائطاً ليبني عليه أو أرضاً ليدفن فيها أو ليزرع فيها ما لا يحصد قصيلاً.

إذا ثبت هذا فإنه يصح رهنه بما شاء، إلى أي وقت شاء ممن شاء. لأن الإذن يتناول الكل بإطلاقه. وللسيد مطالبة الراهن بفكاك الرهن، حالاً كان أو مؤجلاً في محل الحق وقبل محله. لأن العارية لا تلزم، ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان. وهو قيمة العين المستعارة، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال، ولا يرجع بما بيعت به، سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين، والصحيح: أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها وإن بيعت بأكثر رجع بما بيعت به. لأن العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له، وكذلك لو أسقط المرتهن حقه عن الراهن رجع الثمن كله إلى صاحبه، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد، كما لو كان باقياً بعينه. وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته، سواء تلف بتفريط أو غير تفريط، نص على هذا أحمد، وذلك لأن العارية مضمونة.

فصل: وإن فك المعير الرهن فأدى الدين عليه بإذن الراهن رجع عليه، وإن قضاه متبرعاً لم يرجع بشيء. وإن قضاه بغير إذنه محتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع؟ على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، ويترجح الرجوع ههنا، لأن له المطالبة بفكاك عبده وأداء دينه فكاكه. وإن اختلفا في الإذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته، لأنه لا يجر بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً، وإن قال: أذنت لي في رهنه بعشرة قال: بل بخمسة فالقول قول المالك. لأنه منكر للزيادة، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وإن كان الدين مؤجلاً فقضاه حالاً بإذنه رجع به حالاً وإن قضاه بغير إذنه فقال القاضي: يرجع به حالاً أيضاً، لأنه له المطالبة بفكاك عبده في الحال.

فصل: ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لأن تعيين ما يرهن به ليس بشرط. فكذلك من يرهن عنده. ولأن رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد. لأنه ينفك منه بعضه بقضاء الدين، بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد. فعلى هذا إذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن. لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاه نصفها عن أحد النصيبين ففيه وجهان:

أحدهما: لا ينفك من الرهن شيء. لأنه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد. فأشبه ما لو كان العبد لواحد.

والثاني: ينفك نصف العبد. لأن كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين. فلا يكون رهناً بأكثر منها كما لو صرح له بذلك. فقال: ارهن نصيبي بخمسين لا تزد عليها. فعلى هذا الوجه: إن كان المرتهن عالماً بذلك فلا خيار له. وإن لم يكن عالماً بذلك، والرهن مشروط في بيع احتمل أن يكون له الخيار. لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك. ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه. وإن قضى نصف دين أحدهما انفك في نصيب أحدهما على أحد الوجهين. وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما. والله أعلم.

فصل: ولو كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهناهما عند رجل مطلقاً صح. فإن شرط أحدهما أنني متى قضيت ما عليّ من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر، وفي قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر. ويفسد الرهن لأن في هذا الشرط نقصاً على المرتهن. وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن، فأما إن شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضي جميع الدين فهو فاسد أيضاً. لأنه شرط أن يبقى الرهن محبوساً بغير الدين الذي هو رهن به، لكنه لا ينقص حق المرتهن. فهل يفسد الرهن بذلك؟ على وجهين.

فصل: ولا يصح رهن ما لا يصح بيعه. كأم الولد والوقف والعين المرهونة. لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه. وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه. ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز. فلو قال الراهن للمرتهن: زدني ما لا يكون الرهن الذي عندك رهناً به وبالدين الأول لم يجز. وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد. وهو أحد قولي الشافعي، وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزني وابن المنذر: يجوز ذلك. لأنه لو زاده رهناً جاز. فكذلك إذا زاد في دين الرهن. ولأنه لو فدى المرتهن العبد الجاني بإذن الرهن ليكون رهناً بالمال الأول وبما فداه به جاز. فكذلك ههنا. ولأنها وثيقة محضة. فجازت الزيادة فيها كالضمان.

ولنا: إنها عين مرهونة. فلم يجز رهنها بدين آخر، كما لو رهنها عند غير المرتهن، فأما الزيادة في الرهن فيجوز. لأنه زيادة استيثاق بخلاف مسألتنا. وأما العبد الجاني فيصح فداؤه ليكون رهناً بالفداء والمال الأول لكون الرهن لا يمنع تعلق الأرش بالجاني. لكون الجناية أقوى ولأن لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن وإخراجه من الرهن. فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل

قبضه. ويجوز أن يزيده في الرهن الجائز حقاً قبل لزومه. فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية. ويفارق الرهن الضمان. فإنه يجوز أن يضمن لغيره.

إذا ثبت هذا: فرهنه بحق ثان كان رهناً بالأول خاصة. فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقاً، بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه.

فصل: وأما رهن سواد العراق والأرض الموقوفة على المسلمين. فالصحيح في المذهب. أنه لا يجوز بيعها. فكذلك رهنها. وهذا منصوص الشافعي. وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها، وما كان فيها من غير ترابها أو الشجر المجدد فيها إن أفرده بالبيع والرهن، فهل يصح؟ على روايتين. نص عليهما في البيع. إحداهما: يصح. لأنه طلق. والثانية: يجوز. لأنه تابع لما لا يجوز بيعه ولا رهنه. فهو كأساسات الحيطان. وإن رهنه مع الأرض بطل في الأرض، وهل يجوز في الأشجار والبناء على الرواية التي يجوز رهنها منفردة؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة. وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه.

فصل: ولا يصح رهن المجهول. لأنه لا يصح بيعه. فلو قال: رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح. لأنه مجهول وإن لم يقل: بما فيها صح رهنها للعلم بها، إلا أن يكون ذلك مما لا قيمة له، كالجراب الخلق ونحوه ولو قال: رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح. لعدم التعيين، وفي الجملة: أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع. وكذلك القدرة على التسليم. فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك.

فصل: ولو رهن عبداً أو باعه يعتقده مغصوباً فبان ملكه، مثل أن رهن عبد أبيه فبان أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث، أو وكل إنساناً يشتري له عبداً من سيده ثم إن الموكل باع العبد أو رهنه يعتقده لسيده الأول فبان أن تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه. لأنه تصرف صدر من أهله وصادف ملكه. فصح، كما لو علم. ويحتمل أن لا يصح. لأنه اعتقده باطلاً.

فصل: ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح، إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده. فيصح تصرفه، ويبطل خياره. ذكره أبو بكر. وهو مذهب الشافعي. وكذلك بيعه وتصرفاته. ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها لم يصح. لأنه رهن ما يملكه وكذلك لو رهن الأب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه. وللشافعي في ذلك وجهان. أحدهما: يصح. لأن له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها.

ولنا: إنه رهن ما لا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه. فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول.

فصل: ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل. لأنه مجهول حين حلول الحق. فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح، كما لو كان مجهولاً حين العقد، وكما لو رهنه إياها بعد اشتباهها، فإن شرط قطع الأولى إذا خيف اختلاطها بالثانية صح. فإن كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من الأولى إذا حدثت. فالرهن صحيح. فإن وقع التواني في قطع الأولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يبطل الرهن. لأنه وقع صحيحاً، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله. فعلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهناً أو اتفقا على قدر المرهون منها فحسن، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن. لأنه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر.

فصل: ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح. لأن مقصود الراهن استيفاء الدين من ثمنه. والمنافع تهلك إلى حلول الحق، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لأنها مجهولة وغير مملوكة.

فصل: ولو رهن المكاتب من يعتق عليه لم يصح. لأنه لا يملك بيعه وأجازه أبو حنيفة. لأنهم لا يدخلون معه في الكتابة. ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد لم يصح. لأن ما في يده ملك لسيده. فقد صار حراً بشرائه إياه.

فصل: ولو رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحد الوجهين، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح إذا كان على الميت دين يستغرق التركة لأنه تعلق به حق آدمي: فلم يصح رهنه كالمرهون.

ولنا: إنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً. فصح، كما لو رهن المرتد وفارق المرهون. لأن الحق تعلق به باختياره. فأما في مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره، فلم يمنع تصرفه. وهكذا كل حق ثبت من غير إثباته كالزكاة والجناية. فلا يمنع رهنه. فإذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله. وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه. لأن حقهم أسبق. والحكم فيه كالحكم في الجاني وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه، أو حق تجدد تعلقه بالتركة، مثل أن وقع إنسان أو بهيمة في بئر حفره في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد. وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ. فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن.

فصل: قال القاضي: لا يصح رهن العبد المسلم لكافر. واختار أبو الخطاب صحة رهنه إذا شرطا كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه. وهذا أولى. لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر.

مسألة: قال: (وإذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه صار مقبوضاً).

وجملته: أن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضيا به واتفقا عليه جاز. وكان وكيلاً للمرتهن نائباً عنه في القبض، فمتى قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء. منهم: عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال الحكم والحارث العكلي وقتادة وابن أبي ليلى: لا يكون مقبوضاً بذلك. لأن القبض من تمام العقد. فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول.

ولنا: إنه قبض في عقد، فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض، وفارق القبول. لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه. لأنه يخاطب به ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً: وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه.

إذا ثبت هذا: فإنه يجوز أن يجعلا الرهن على يدي من يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف، مسلماً كان أو كافراً، عدلاً أو فاسقاً، ذكراً أو أنثى ولا يجوز أن يكون صبياً. لأنه غير جائز التصرف مطلقاً. فإن فعلا كان قبضه وعدم القبض واحداً، ولا عبداً بغير إذن سيده. لأن منافع العبد لسيده. فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن. فإن أذن له السيد جاز، وأما المكاتب فإن كان بجعل جاز. لأن له الكسب، وبذل منافعه بغير إذن السيد. وإن كان بغير جعل لم يجز. لأنه ليس له التبرع بمنافعه.

فصل: فإن جعلا الرهن في يد عدلين جاز. ولهما إمساكه. ولا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه. وإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف. لأنه القدر الذي تعدى فيه. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وفي الآخر إذا رضي أحدهما بإمساك الآخر جاز، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: إن كان مما ينقسم اقتساماه، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه. لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما. فحمل الأمر على أن لكل واحد منهما الحفظ.

ولنا: إن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما فلم يجز لأحدهما الانفراد بذلك، كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف. وقولهم: إن الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك. فإنه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل.

فصل: وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لأحدهما ولا للحاكم نقل الرهن عن يده. لأنهما رضيا به في الابتداء. وإن اتفقا على نقله جاز. لأن الحق لهما لم يعدهما وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده. وإن تغيرت حال العدل بفسق، أو ضعف عن الحفظ، أو حدثت عداوة بينه وبينهما أو بين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده ذلك. ويضعانه في يد من يتفقان

عليه. فإن اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له. وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ. فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل. وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فأنكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له. وإن مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتها إمساكه إلا بتراضيهما. فإن اتفقا على ذلك جاز. وإن اتفقا على عدل يضعانه على يده فلهما ذلك لأن الحق لهما فيفوض أمره إليهما. فإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل، أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعا الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل. وإن كان الرهن في يد اثنين فمات أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ، أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم إلى العدل الآخر. فيحفظان معاً.

فصل: ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك. وعليهما قبوله. وبهذا قال الشافعي. لأنه أمين متطوع بالحفظ. فلا يلزمه المقام عليه. فإن امتنعا أجبرهما الحاكم. فإن تغيبا نصب الحاكم أميناً يقبضه لهما. لأن للحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه. ولو دفعه إلى الأمين من غير امتناعهما ضمن وضمن الحاكم لأنه لا ولاية له على غير الممتنع. وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض. وإن امتنعا ولم يجد حاكماً فتركه عند عدل آخر لم يضمن. وإن امتنع أحدهما لم يكن له دفعه إلى الآخر. فإن فعل ضمن والفرق بينهما: أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما. هذا فيما إذا كانا حاضرين. فأما إذا كانا غائبين نظرت. فإن كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه إلى الحاكم فقبضه منه، أو نصب له عدلاً يقبضه لهما. فإن لم يجد حاكماً أودعه عند نفسه. وليس له دفعه إلى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم. فإن فعل ضمن. فإن لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة إلى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكماً دفعه إلى عدل. وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأن ما دون مسافة القصر في حكم الإقامة. وإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فحكمهما حكم الغائبين. وليس له دفعه إلى الحاضر منهما. وفي جميع هذه الأقسام متى دفعه إلى أحدهما لزمه رده إلى يده. وإن لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر.

فصل: إذا كان الرهن على يد عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، فإن عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله، ولم يملك البيع. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا ينعزل: لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه وقال ابن أبي موسى ويتوجه لنا مثل ذلك، فإن أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن، فإنه يشترط ذلك للمرتهن ليجيبه إليه، ثم يعزله. والأول هو المنصوص عنه لأن الوكالة عقد جائز. فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات. وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من جوازه كما لو شرطا الرهن في

البيع فإنه لا يصير لازماً وكذلك لو مات الراهن بعد الإذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بثمنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع، فأما إن عزله المرتهن فلا ينعزل لأن العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينعزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزلاه فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن. لأن البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد. لأن الإذن قد وجد مرة فيكفي كما في الوكالة في سائر الحقوق، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يحتاج إلى تجديد إذن لأنه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والأول أولى فإن الإذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الإذن بخلافه بدليل ما لو جدد الإذن له، بخلاف المرتهن فإن المبيع يفتقر إلى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو من هذا.

فصل: ولو أتلف الرهن في يد العدل أجنبي فعلى الجاني قيمته تكون رهناً في يده وله المطالبة بها لأنها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فإن كان المتراهنان أذنا له في بيع الرهن. فقال القاضي: قياس المذهب أن له بيع قيمته لأن له بيع نماء الرهن تبعاً للأصل فالقيمة أولى. وقال أصحاب الشافعي ليس له ذلك لأنه متصرف بالإذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضي أن يقول إنه قد أذن له في بيع الرهن والقيمة رهن يثبت لها حكم الأصل من كونه يملك المطالبة بها وإمساكها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فإن كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك إيفاءه من القيمة لأنها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت ثمن البيع.

فصل: وإذا أذنا للعدل في البيع وعينا له نقداً لم يجز له أن يخالفهما، وإن اختلفا فقال أحدهما: بعه بدراهم وقال الآخر: بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقاً للراهن ملك اليمين وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأن الحظ في ذلك والأولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه، فإن كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما فإن تساويا فقال القاضي: يبيع بما يؤديه اجتهاده إليه وهو قول الشافعي لأنه الأحظ والغرض من تحصيل الحظ فإن تساويا باع بجنس الدين، فإن لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم ما يبيعه به، وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل، ومن البيع نساء متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف، وذكر في البيع نساء رواية أخرى: أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح، لأن البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله. والبيع نساء يمنع ذلك. وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك؛ وإنما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقياً، فإن تعذر

فللمرتهن تضمين من شاء من العدل، والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً. فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه، وما بقي من قيمة الرهن للراهن. يرجع به على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن. رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد. لأن العين تلفت في يده، وإن ضمن العدل رجع على المشتري.

فصل: ومتى قدرا له ثمناً لم يجز له بيعه بدونه، وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله، أو زيادة عليه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: له بيعه، ولو بدراهم والكلام معه في الوكالة. فإن أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل مما يتغابن الناس به صح، ولا ضمان عليه. لأن ذلك لا يضبط غالباً وإن كان النقص مما لا يتغابن الناس به، أو باع بأنقص مما قررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا. والأولى أنه لا يصح البيع لأنه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه ما لو خالف في النقد.

فصل: وإذا باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فتلف في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لأنه أمين. فهو كالوكيل، ولا نعلم في هذا خلافاً ويكون من ضمان الراهن. وبهذا قال الشافعي؛ وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لأن البيع لأجله.

ولنا: إنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه. فإذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمناء، وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه. لأنه أمين. ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك. وإن كلفناه البينة. شق عليه، وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الأمانات. فإن خالفاه في قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: القول قوله لأنه أمين. والآخر: لا يقبل. لأن هذا إبراء للمشتري من الثمن. فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن، وإن خرج المبيع مستحقاً فالعهدة على الراهن دون العدل. إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل، وكذلك كل وكيل باع مال غيره. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: العهدة على الوكيل والكلام معه في الوكالة، فإن علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل. فإن قيل: فلم لا يرجع المشتري على العدل لأنه قبض الثمن بغير حق؟ قلنا: لأنه سلمه إليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن. فلذلك لم يجب الضمان عليه. فأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً. فإن كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه فإن كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لأنهم متساوون في ثبوت حقهم في الذمة فاستووا في قسمة ماله بينهم. فأما إن خرج مستحقاً بعدما دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على

المرتهن. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن.

ولنا: إن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه. فأما إن كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن. لأنه قبض الثمن بحق، ولا على العدل، لأنه أمين ووكيل، ويرجع على الراهن وإن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل. كان للمشتري الرجوع عليه، ويرجع هو على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة. وإن أنكر ذلك، فالقول قول العدل مع يمينه، فإن نكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول، أو ردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لأنه يقر أنه ظلمه. وعلى قول الخرقي القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه، وهو إحدى الروايتين عن أحمد. فإذا حلف المشتري رجع على العدل، ورجع العدل على الراهن، وإن تلف العبد المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل وزن ثمنه. فللمغصوب منه تضمين من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن. ويستقر الضمان على المشتري. لأن التلف في يده. هذا إذا علم بالغصب. وإن لم يكن عالماً فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب؟ على روايتين.

فصل: فإن ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر. فقال القاضي وأبو الخطاب: يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن. وهو مذهب الشافعي. لأن العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك إنما هو وكيله في الحفظ فقط. فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلاً في قضاء دين فادعى أنه سلمه إلى صاحب الدين. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رؤوس مسائلهما يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه. ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره. وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمدعي يدعى رد الوديعة فعلى هذا: إذا حلف العدل له سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه. وعلى القول الأول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما. فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن، لأنه يقول ظلمني وأخذ مني بغير حق، فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالاً آخر. فإن رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل؟ نظرت. فإن كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو ببينة فماتت أو غابت، لم يرجع عليه لأنه أمين ولم يفرط في القضاء، وإن دفعه إليه ببينة في غيبة الراهن ففيه روايتان:

إحداهما: يرجع الراهن عليه. لأنه مفرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بتفريطه، ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقي. ومن أمر رجلان أن يدفع إلى رجل مالاً وادعى أنه دفعه إليه. لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة.

والرواية الثانية: لا يرجع الراهن عليه. لأنه أمين في حقه. سواء صدقه في القضاء أو كذبه. إلا أنه إن كذبه فله عليه اليمين.

فصل: إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه. ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان. لأن استئمانه زال بذلك. فلم يفسد بفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها. فإن رده إلى يد نائب مالكها فأشبه ما لو ردها إلى مالكها.

فصل: وإذا استقرض ذمي من مسلم مالاً ورهنه خمراً. لم يصح سواء جعله على يد ذمي أو غيره فإن باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بثمنها لزمه قبوله. فإن أبى قيل له: إما أن تقبض وإما أن تبرىء. لأن أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة. قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر ولّوهم بيعها وخذوا من أثمانها. . وإن جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن. لأن ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له.

مسألة: قال: (ولا يرهن مال من أوصى إليه بحفظ ماله إلا من ثقة).

وجملته: أن ولي اليتيم ليس له رهن ماله إلا عند ثقة يودعه ماله عنده لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع. قال القاضي: ليس لوليه رهن ماله إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون عند ثقة.

الثاني: أن يكون له فيه حظ، وهو أن يكون به حاجة إلى نفقة أو كسوة أو إنفاق على عقاره المتهدم أو أرضه أو بهائمه ونحو ذلك. وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كاسد يرجو نفاقه، فيجوز لوليه الاقتراض ورهن ماله، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلا حظ له في الاقتراض فيبيع شيئاً من أصول ماله ويصرفه في نفقته، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من بيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئاً من ماله والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء. وكذلك الأب إلا أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده، ومن عداه بخلافه على إحدى الروايتين.

فصل: فأما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة وفي البيع ثلاث مسائل:

إحداهن: أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذها رهناً فهذا بيع فاسد. لأن بيعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة.

الثانية: أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذ بها رهناً فهذا جائز لأنه لو باعه بمائة نقداً جاز. فإذا زاد عليها فقد زاده خيراً. سواء قلت الزيادة أو كثرت.

الثالثة: باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهناً فهذا جائز أيضاً. ذكره القاضي. وهو قول أصحاب الشافعي، وقال بعضهم لا يجوز. لأنه تغرير بماله وبيع النقد أحوط له.

ولنا: إن هذا عادة التجار، وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح، وهذا من جهاته والتغرير يزول بالرهن.

فصل: وحكم المكاتب فيما ذكرناه حكم ولي اليتيم له أن يتصرف فيما في يديه فيما له فيه الحظ، فأما المأذون فإن دفع له سيده مالاً يتجر فيه أو لم يدفع إليه. فقال القاضي: ليس له التصرف بالنسيئة. لأن ديونه تتعلق بذمة السيد فيتضرر بذلك. لأن الدين غرر بخلاف المكاتب.

فصل: ولو كان مال اليتيم رهناً فاستعاده الوصي لليتيم جاز وإن استعاده لنفسه لم يجز. لأنه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لأنه قبضه على وجه ليس له قبضه، وإن فكه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وإن فكه بمال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه. فإن قال: استعدته لليتيم بعد هلاكه أو هلاك بعضه لم يقبل قوله لأننا حكمنا بالضمان ظاهراً فلا يزول بقوله، والأولى أن يقبل قوله لأنه أمين وهو أعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف.

فصل: ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه، أو ولده الكبير صح. لأنه لا ولاية له عليهما.

فصل: ولو أوصى إلى رجل بقضاء دينه فرهن شيئاً من تركته عند الغريم أو غيره ضمن. لأنه لم يؤذن له في رهنها فضمن كما لو لم يوص إليه بقضاء دينه.

مسألة: قال: (وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي).

وجملة ذلك: أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه، فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميع الدين. سواء كان مما يمكن قسمته أو لا يمكن. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئاً بمال فأدى بعض المال، وأراد إخراج بعض الرهن. إن ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه، أو يبرئه من ذلك. كذلك قال مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة.

مسألة : قال : (وإذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حراً. ويؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهناً).

وجملة ذلك: أنه ليس للراهن عتق الرهن. لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة فإن أعتق نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً. نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي في أحد أقواله، إلا أن أبا حنيفة قال: يستسعى العبد في قيمته إن كان المعتق معسراً، وعن أحمد رواية أخرى: لا ينفذ عتق المعسر. ذكرها الشريف أبو جعفر، وهو قول مالك. والقول الثاني للشافعي لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة، من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن ولأنه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسر دون المعسر كعتق شرك له من عبد، وقال عطاء والبتي وأبو ثور: لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً. وهو القول الثالث للشافعي. لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع.

ولنا: إنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك، فنفذ كعتق المستأجر ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع والعتق يخالف البيع، فإنه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والآبق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه، ويجوز تعليقه على الشروط بخلاف البيع.

إذا ثبت هذا: فإنه إن كان موسراً أخذت منه قيمته، فجعلت مكانه رهناً لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن، فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجنبي أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهناً. لأنها نائبة عن العين، وبدل عنها وإن كان معسراً فالقيمة في ذمته. فإن أيسر قبل حلول الحق، أخذت منه القيمة فجعلت رهناً إلا أن يختار تعجيل الحق فيقضيه، ولا يحتاج إلى رهن. وإن أيسر بعد حلول الحق طولب بالدين خاصة لأن ذمته تبرأ به من الحقين معاً، والاعتبار بقيمة العبد حال الإعتاق، لأنه حال الإتلاف. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن، وفيه إيجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه وإلزام الغرم لمن وجد منه الإتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الإتلاف.

فصل: وإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال لأن المنع كان لحق المرتهن، وقد أذن فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق أو معسراً لأنه أذن فيما ينافي حقه. فإذا وجد زال حقه، وقد رضي به لرضاه بما ينافيه وإذنه فيه فلم يكن له بدل. فإن رجع عن الإذن قبل العتق، وعلم الراهن برجوعه فأعتق، ففيه وجهان. بناء على عزل الوكيل بدون علمه. وإن رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه، لأن الأصل عدم الإذن، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول ورثة المرتهن أيضاً، إلا أن أيمانهم على

نفي العلم لأنها على فعل الغير، وإن اختلف المرتهن وورثة الراهن، فالقول قول المرتهن مع يمينه. وإن لم يحلف قضي عليه بالنكول.

فصل: وإن تصرف الراهن بغير العتق، كالبيع والإجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن، كفسخ الرهن، فإن أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن، لأنه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالعتق، وإن زوج الأم المرهونة لم يصح وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي. وقال القاضي وجماعة من أصحابنا: يصح، وللمرتهن منع الزوج من وطئها ومهرها رهن معها وهذا مذهب أبي حنيفة. لأن محل النكاح غير محل عقد الرهن. ولذلك صح رهن الأمة المزوجة، ولأن الرهن لا يزيل الملك، فلا يمنع التزويج كالإجارة.

ولنا: إنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتهن كالإجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها، فإنه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها في الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها، ويشغلها عن خدمته بتربية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً، وربما منع بيعها بالكلية. وقولهم إن محل عقد النكاح غير محل الرهن، غير صحيح. فإن محل الرهن محل البيع، والبيع يتناول جملتها، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها. وإنما صح رهن المزوجة لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلاً للبيع كما يصح رهن المستأجرة ويفارق الرهن الإجارة فإن التزويج لا يؤثر في مقصود الإجارة، ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها. فإن تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكماله.

فصل: ولا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة في قول أكثر أهل العلم. وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه له وطء الآيسة والصغيرة، لأنه لا ضرر فيه. فإن علة المنع الخوف من الحمل، مخافة أن تلد منه، فتخرج بذلك عن الرهن أو تتعرض للتلف وهذا معدوم فيهما. وأهل العلم على خلاف هذا. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المرهونة، ولأن سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والأجنبية ولأن الذي تحبل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف، وإن وطىء فلا حد عليه لأنها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالمحرمة والصائمة، ولا مهر عليه لأن المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها. فأشبه ما لو استخدمها وإن تلف جزء منها أو نقصها، مثل أن افتض البكر أو أفضاها. فعليه قيمة ما أتلف، فإن شاء جعلها رهناً معه وإن شاء جعله

قضاء من الحق. إن لم يكن حل. فإن كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير، فإنه لا فائدة في جعله رهناً ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه.

مسألة: قال: (وإن كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضاً من الرهن وأخذ منه قيمتها فتكون رهناً).

وجملته: أن الراهن إذا وطىء أمته المرهونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين الموسر والمعسر إلا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها والمعسر يكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق وهذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق إلا أنه إذا قال له لا ينفذ الأحبال فإنما هو في حق المرتهن فأما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن ولو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر فإذا ولدت لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ، فإن وجد من يرضعه بيعت وإلا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقي حكم الاستيلاء فإذا مات الراهن عتق وإن رجع هذا المبيع إلى الراهن بإرث أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو بيع جميعها ثم رجعت إليه ثبت لها حكم الاستيلاء، وقال مالك: إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وأن تسور عليها أخذ ولدها وبيعت.

ولنا: إن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنافاه في دوامه كالحرية.

فصل: فإن كان الوطء بإذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لأنه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذناً فيه ولا نعلم في هذا خلافاً وإن لم تحبل فهي رهن بحالها فإن قيل: إنما أذن في الوطء ولم يأذن في الإحبال قلنا: الوطء هو المفضي إلى الإحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالإذن في سببه إذن فيه فإن أذن فيه ثم رجع فهو كمن لم يأذن. وإن اختلفا في الإذن فالقول قول من ينكره، وإن أقر المرتهن بالإذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربعة شروط أحدها: أن يعترف المرتهن بالإذن والثاني: أن يعترف بالوطء والثالث: أن يعترف بالولادة والرابع: أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم آذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال ليس هذا ولدها وإنما استعارته فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي.

فصل: ولو أذن في ضربها فضربها فتلفت فلا ضمان عليه. لأن ذلك تولد من المأذون فيه كتولد الإحبال من الوطء.

فصل: إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال: **أحدها**: أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد. لأن الأصل عدم الحمل فإن بانت حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل أن وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها وإن بانت حاملاً بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتهن وإن كان مشروطاً في بيع لأنه دخل مع العلم بأنها لا تكون رهناً فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجاني إذا اقتص منه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي، وقال بعضهم له الخيار لأن الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضا بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجناية والمرض، ولنا أن إذنه في الوطء إذن فيما يؤول إليه كذلك رضاه به رضا بما يؤول إليه. **الحال الثالث**: أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فإنه يقبل في حقه ولا يقبل حق المرتهن لأنه أقر بما يفسخ عقداً لازماً لغيره فلم يقبل كما لو أقر بعد بيعها، ويحتمل أن يقبل لأنه أقر في ملكه بما لا تهمة فيه لأنه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن، والأول أصح لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها أو أنها كانت جنت جناية تعلق أرشها برقبتها وللشافعي في ذلك قولان، وإن أقر أنه أعتقها صح إقراره وخرجت من الرهن، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه، لا يقبل بناء على أنه لا يصح إعتاقه للرهن.

ولنا: إنه لو أعتقه لنفذ عتقه فقبل إقراره بعتقه كغير الرهن، ولأن إقراره بعتقه يجري مجرى عتقه فأشبه ما لو قال أنت حر. ويتخرج أن لا ينفذ إقرار المعسر بناء على أنه لا ينفذ إعتاقه، وكل موضع قلنا القول قول الراهن فقال القاضي: ذلك مع يمينه. لأن كذبه محتمل، ويحتمل أن لا يستحلف لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه، واختلف أصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين. والصحيح عندي: أنه إذا أقر بالعتق لم يستحلف. لأن ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج إلى يمين كما لو صرح به، وإن أقر بالغصب والجناية فإنه إن لم يدع ذلك المغصوب منه والمجني عليه لم يلتفت إلى قول الراهن وجهاً واحداً، وإن ادعياه فاليمين عليهما. لأن الحق لهما ورجوعهما عنه مقبول فكانت اليمين عليها كسائر الدعاوى، وإن أقر باستيلاد أمته فعليه اليمين. لأن نفعها عائد إليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ما قبلها. وإن قلنا: القول قول المرتهن فعليه اليمين بكل حال. لأنه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ويمينه على نفي العلم لأنها على نفي فعل الغير فإذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة إليه وبقي حكمها في حق الراهن حيث لو عاد إليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره وإن أراد المجني عليه أو المغصوب منه أن يغرماه في الحال فلهما ذلك. لأنه منع من استيفاء الجناية بتصرفه فلزمه أرشها كما لو قتله.

فصـل: ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعاً لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] وليست هذه زوجة ولا ملك يمين، فإن وطئها عالماً بالتحريم فعليه الحد. لأنه لا شبهة له فيه فإن الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء لأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى، فإن ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالإسلام فلا حد عليه وولده حر لأنه وطئها معتقداً إباحة وطئها فهو كما لو وطئها يظنها أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لأن اعتقاده الحل منع انخلاق الولد رقيقاً ففوت رق الولد على سيدها فلزمته كالمغرور بحرية أمه، وإن لم يحتمل صدقه كالناشيء ببلاد الإسلام مختلطاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لأنه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل، وولده رقيق للراهن لأنه من زنا، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يكون الوطء بإذن الراهن أو بغير إذنه وهذا المنصوص عن الشافعي، ويحتمل أن لا تجب قيمة الولد مع الإذن في الوطء. وهو قول بعض أصحاب الشافعي، لأن الإذن في الوطء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت منه سقط حقه من الرهن. ولو أذن في قطع إصبع فسرت إلى أخرى لم يضمنها.

ووجه الأول: أن وجوب الضمان يمنع انخلاف الولد رقيقاً وسببه اعتقاد الحل وما حصل ذلك بإذنه بخلاف الوطء فإن خروجها من الرهن بالحمل الذي الوطء المأذون فيه سبب له، وأما المهر فإن كان الوطء بإذن الراهن فلا مهر له، وقال أبو حنيفة يجب له لأنه يجب لها ابتداء فلا يسقط بإذن غيرها، وعن الشافعي كالمذهبين.

ولنا: إنه أذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ولأن المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحرة والمطاوعة. وإن كان بغير إذن فالمهر واجب سواء أكرهها أو طاوعته. وقال الشافعي: لا يجب المهر مع المطاوعة لأن النبي ﷺ نهى «عن مهر البغي» ولأن الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة.

ولنا: إن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الأمة وإذنها كما لو أذنت في قطع يدها، ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير إذنه فكان عليه عوضها كما لو أكرهها وكأرش بكارتها لو كانت بكراً. والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فإن الله تعالى سماها بذلك مع كونها مكرهة عليه فقال: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً﴾ [النور: ٣٣] وقولهم: لا يجب الحد والمهر قلنا: لا يجب المهر لها، وفي مسألتنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها، ويفارق الحرة فإن المهر ولو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقها بإذنها وههنا المستحق لم يأذن ولأن الوجوب في حق الحرة بإكراهها وسقوطها بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط بإذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقد له أو ادعى شبهة أو لم يدعها لأن المهر حق آدمي فلا يسقط بالشبهات، ولا تصير هذه الأمة أم ولد للمرتهن بحال

سواء ملكها بعد الوضع أو قبله. سواء حكمنا برق الولد أو حريته، لأنه أحبلها في غير ملكه.

مسألة: قال: (وإذا جنى العبد المرهون فالمجني عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفي حقه فإن اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله).

وجملته: أن العبد المرهون إذا جنى على إنسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأن الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن. فإن قيل: فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك. قلنا: حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدماً على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده ولأن حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدنى فإن كانت جنايته موجبة للقصاص فلولي الجناية استيفاؤه، فإن اقتص سقط الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فإن اختار فداءه فبكم يفديه؟ على روايتين: إحداهما: بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته لأنه إن كان الأرش أقل فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه. والثانية: يفديه بأرش جنايته بالغاً ما بلغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته فإذا فداه فهو رهن بحاله لأن حق المرتهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق المجني عليه لقوته، فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن في تركة مفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر فإن امتنع قيل للمرتهن أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه فإن اختار فداءه فبكم يفديه؟ على الروايتين. فإن فداه بإذن الراهن رجع به عليه لأنه أدى الحق عنه بإذنه فرجع به كما لو قضى دينه بإذنه وإن فداه متبرعاً لم يرجع بشيء وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه، وإن زاد في الفداء على الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً، ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه به بغير إذنه قولاً واحداً، وإن شرط له الراهن الرجوع رجع قولاً واحداً وإن قضاه بإذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر في غير هذا الموضع فإن فداه وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الأول. فقال القاضي: يجوز ذلك لأن المجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن. فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ولأن أرش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن، ويحتمل أن لا يصح لأن العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانياً بدين سواه كما لو رهنه بدين سوى هذا وذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فإن

فداه لم يرجع بالفداء وإن فداه الراهن أو بيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في أن الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى. وإذا لم يفد الجاني فبيع في الجناية التي تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهناً، وقال أبو الخطاب: هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهناً؟ على وجهين.

فصل: وإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين. أحدهما: أن تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ أو شبه العمد أو إتلاف مال فيكون هدراً لأن العبد مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله الثاني: أن تكون موجبة للقود فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على ما دونها فإن كانت على ما دون النفس فالحق للسيد فإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك إن عفا على غير مال، وإن أحب أن يقتص فله ذلك لأن السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه ولأن القصاص يجب للزجر والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده فإن اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه وقضاء عن الدين. لأنه يخرجه عن كونه رهناً باختياره فكان عليه بدله كما لو أعتقه وإن كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضي وجهاً آخر أن لهم ذلك لأن الجناية حصلت في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبي، وللشافعي قولان كالمذهبين فإن عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية على الوجهين، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه؟

فصل: وإن جنى العبد المرهون على عبد لسيده لم يخل من حالين: أحدهما: أن لا يكون مرهوناً فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص إن كانت جنايته موجبة له وإن عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدراً وسواء كان المجني عليه قناً أو مدبراً أو أم ولد. الحال الثاني: أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو عند غيره فإن كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فإن اقتص بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمته للمقتص منه فإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهناً بحق واحد لجنايته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر، وإن كان كل واحد منهما مرهوناً بحق مفرد ففيه أربع مسائل. إحداها: أن يكون الحقان سواء وقيمتهما سواء فتكون الجناية هدراً سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر ألف درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لأنه لا فائدة في اعتبار الجناية. المسألة الثانية: أن يختلف الحقان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة. فإن كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى دين المقتول

لعدم الغرض فيه، وإن كان دين المقتول أكثر نقل إلى القاتل لأن للمرتهن غرضاً في ذلك، وهل يباع القاتل وتجعل قيمته رهناً مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين. أحدهما: لا يباع لأنه لا فائدة فيه. والثاني: يباع لأنه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فإن عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك. المسألة الثالثة: أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله، وإن كانت قيمة الجاني أكثر بيع منه بقدر جنايته يكون رهناً بدين المجني عليه والباقي رهن بدينه. وإن اتفقا على تبقيته ونقل الدين إليه صار مرهوناً بهما، فإن حل أحد الدينين بيع بكل حال لأنه إن كان دينه المعجل بيع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر فإن كان المعجل بالآخر بيع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه. المسألة الرابعة: أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كان دين المقتول أكثر نقل إليه وإلا فلا، وأما إن كان المجني عليه رهناً عند غير مرتهن القاتل فللسيد القصاص لأنه مقدم على حق المرتهن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فإن اقتص بطل الرهن في المجني عليه لأن الجناية عليه لم توجب ما لا يجعل رهناً مكانه وعليه قيمة المقتص منه تكون رهناً لأنه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره، وللسيد العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للمال فيثبت المال في رقبة العبد لأن السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبأن يثبت على عبده أولى، فإن كان الأرش لا يستغرق قيمته بعنا منه بقدر أرش الجناية يكون رهناً عند مرتهن المجني عليه وباقيه باق عند مرتهنه، وإن لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً، وإن كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهناً عند الآخر ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب أكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي.

فصل: فإن كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال غيره، وإن كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فإن انتقل ذلك إلى السيد بموت المستحق فله ما لمورثه من القصاص والعفو على مال لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها ما لا يثبت في الابتداء. وإن كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيده وله أن يقتص فيما يوجب القصاص، وإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد، فيه وجهان. أحدهما: يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الجناية على غيره. فأشبهت الجناية على ما دون النفس. والثاني: لا يثبت له ماله في عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبي ثور لأنه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه. وأصل الوجهين وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء على وجهين. وكل موضع يثبت له المال في

رقبة عبده فإنه يقدم على الرهن. لأنه يثبت للموروث كذلك فينتقل إلى وارثه كذلك وإن اقتصر في هذه الصورة لا يلزمه بدل الرهن. لأنه إذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولى. ولأن القصاص يثبت للموروث مقدماً على حق المرتهن في حق وارثه.

فصل: وإن كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجيزه كموت ولده فيما ذكرنا والله أعلم.

فصل: فإن جنى العبد المرهون بإذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وأنه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير إذنه. وإن كان أعجمياً أو صبياً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل والقصاص والدية متعلقان به لا يباع العبد فيها موسراً كان السيد أو معسراً كما لو باشر السيد القتل. وذكر القاضي وجهاً آخر أن العبد يباع إذا كان السيد معسراً. لأنه باشر الجناية. والصحيح الأول. لأن العبد آلة فلو تعلقت الجناية به بيع فيها وإن كان السيد موسراً. وحكم إقرار العبد بالجناية حكم إقرار العبد غير المرهون على ما مضى بيانه في موضعه.

مسألة: قال: (وإن جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن).

وجملته: أنه إذا جنى على الرهن فالخصم في ذلك سيده. لأنه مالكه والأرش الواجب بالجناية ملكه وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع. وبهذا قال الشافعي وغيره. فإن ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائباً أو له عذر يمنعه منها فللمرتهن المطالبة بها. لأن حقه متعلق بموجبها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده، ثم إن كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لأنه حق له وإنما يثبت ليستوفي. فإن اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة فجعلت مكانه رهناً. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وهذا قول إسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي. لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مال.

ولنا: إنه أتلف مالاً استحق بسبب إتلاف الرهن فغرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون وإنما أوجبنا أقل القيمتين. لأن حق المرتهن إنما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين. لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن عفا على مال صح عفوه ووجب أقل القيمتين لما ذكرنا. هذا إذا كان القصاص قتلاً. وإن كان جرحاً أو قلع سن ونحوه فالواجب بالعفو أقل الأمرين من أرش الجرح أو قيمة الجاني. وإن عفا مطلقاً أو على غير مال انبنى ذلك على موجب العمد ما هو. فإن قلنا موجبة أحد شيئين ثبت المال. وإن قلنا موجبة القصاص عيناً فحكمه حكم ما لو اقتص. إن قلنا ثم يجب قيمته على الراهن وجب ههنا. وهو

اختيار أبي الخطاب لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه ما لو اقتص. وإن قلنا لا يجب على الراهن شيء ثم لم يجب ههنا شيء وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لأنه اكتساب مال فلا يجبر عليه. وأما إن كانت الجناية موجبة للمال أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصالح عنها أو يأخذ حيواناً عنها لم يجز إلا بإذن المرتهن فإن أذن فيه جاز. لأن الحق لهما أن يخرج عنهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلاً عن الأول نائباً عنه وقائماً مقامه فإن عفا الراهن عن المال، فقال القاضي: يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهناً فإذا زال الرهن رجع الأرش إلى الجاني كما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان. وإن استوفى الدين من الأرش احتمل أن يرجع الجاني على العافي. لأنه ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استعاره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه. لأنه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وإنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه. فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة. وقال أبو الخطاب يصح العفو مطلقاً ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهناً لأنه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهناً مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن. فأشبه ما لو تلف بدل الرهن. وقال الشافعي: لا يصح العفو أصلاً. لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح العفو كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفي عن غاصبه وهذا أصح في النظر، وإن قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لأنه ينفع الراهن ولا يضره. وإن قال أسقطت الأرش أو أبرأت منه لم يسقط. لأنه ملك للراهن فلا يسقط بإسقاط غيره وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان. أحدهما: يسقط وهو قول القاضي. لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه، فإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن والثاني: لا يسقط. لأن العفو والإبراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه.

فصل: وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لهما. وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الأرش ولا حق للمرتهن فيه، فإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالأرش وله قبضه. فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الأرش إلى الجاني ولا شيء للراهن فيه. وإذا استوفى حقه من الأرش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء. لأنه مقر له باستحقاقه.

فصل: ولو كان الرهن أمة حاملاً فضرب بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه. وإن ألقته حياً ثم مات لوقت يعيش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة. لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها. ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة. لأنه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو غصبها ثم جنى عليها ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنينها. لأن سبب ضمانها وجد فإذا لم يجتمع ضمانها وجب ضمان أكثرهما. وإن ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه ما نقصتها الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع

الأم. وقال الشافعي: ما وجب لنقص الأم أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الأمة فليس برهن. لأن نماء الرهن ليس برهن.

ولنا: إن هذا ضمان يجب بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة. وقولهم: إن نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم.

مسألة: قال: (وإذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه أو على أن يعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه فالبيع جائز، فإن أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي إقامته بلا رهن ولا حميل).

الحميل: الضمين وهو فعيل بمعنى فاعل يقال ضمين وحميل وقبيل وكفيل وزعيم وصبير بمعنى واحد. وجملة ذلك: أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضاً. لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافاً إذا كان معلوماً. ولذلك قال الخرقي: يعرفانه في الرهن والضمين معاً. ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين: المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض. وأما الضمين: فيعلم بالإشارة إليه أو تعريفه بالاسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين. لأن الصفة لا تأتي عليه.

ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً. لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه بإطلاق. ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدين أو يضمنني أحد هذين الرجلين لم يصح. لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعي. وحكي عن مالك وأبي ثور: أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع إليه رهناً بقدر الدين. لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقاً كالشهادة. وقال أبو حنيفة: إذا قال على أن أرهنك أحد هذين العبدين جاز. لأن بيعه جائز عنده.

ولنا: إنه شرط رهناً مجهولاً فلم يصح كما لو شرط رهن ما في كمه ولأنه عقد يختلف فيه المعقود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع، وفارق الشهادة فإن لها عرفاً في الشرع حملت عليه والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فإن الخلاف فيهما واحد، إذا ثبت هذا: فإن المشتري إن وفى بالشرط فسلم الرهن أو حمل عنه الحميل لزم البيع وإن أبى تسليم الرهن أو أبى الحميل أن يتحمل عنه فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه والرضا به بلا رهن ولا حميل فإن رضي به لزمه البيع. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن، وقال مالك وأبو ثور: يلزم الرهن إذا كان مشروطاً في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وإن وجده الحاكم دفعه إلى البائع. لأن عقد البيع وقع عليه فأشبه الخيار، وقال القاضي: ما عدا المكيل

والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد، وقد مضى الكلام معهم في أول الباب، ولأنـه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطاً في البيع أو كغير المكيل والموزون وإنما لزم الخيار والأجل بالشرط. لأنه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع، ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول ولا يفتقر إلى تسليم فاكتفي في ثبوته بمجـرد القول بخـلاف الرهن. فأما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان إذ لا يلزمه شغل ذمتـه وأداء دين غيره بـاشتراط غيره. ولو وعده بأنـه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم في الحكم كـما لو وعـده أنه يبيعـه ثم أبى ذلك، ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه، كـان له الفسـخ كما لـو شرط صفة في الثمن فلم يف بهـا، ولأنه أحد المتعاقدين فإذا لم يف بما شرط في العقد ثبت الخيار لصـاحبه كـالبائـع إذا شرط المبيع على صفة فبان بخلافها.

فصل: ولو شرط رهناً أو ضميناً معيناً فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله، وإن كـان ما أتى به خيراً من المشروط مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط وحميل أوثق من المعين. لأنه عقـد على معـين فلم يلزمه قبـول غيره كـالبيع. ولأن الغـرض يختلف بالأعيـان. فمنهـا مـا يسهـل بيعـه والاستيفاء من ثمنه، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً وبعض الذمم أمـلأ من بعض وأسهل إيفاء فلا يلزمه قبول غير ما عينه كسائر العقود.

فصل: وإن تعيب الرهن أو استحال العصير خمـراً قبل قبضـه فللبائـع الخيار بـين قبضه معيباً ورضاه بلا رهن فيها إذا تخمر العصير وبين فسخ البيـع ورد الرهن، وإن علم بـالعيب بعد قبضه فكذلك وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب لأن الـرهن إنما لـزم فيما حصـل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الأرش بـدلاً عنه بخـلاف المبيع، وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حـدوث العيب وهو ممـا لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله من غير يمين. لأن اليمين إنما تراد لدفع الاحتمال وهذا لا يحتمل، وإن احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع وفيـه روايتان فيكـون فيه ههنا وجهان:

أحـدهما: القـول قول الـراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي. لأن الأصل صحة العقـد ولزومه.

والآخر: القول قول المرتهن وهو قياس قول الخرقي لقوله مثل ذلك في البيع لأنهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جـزء منفصل منـه، وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض. وقـال المرتهن قبله، فـالقول قـولـه لأنـه منكر للقبض، وإن كان الرهن عصيراً فاستحال خمراً واختلفا في زمن استحالته فالقـول قول الـراهن

نص عليه أحمد. وقال القاضي: يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف.

ولنا: إنهما اتفقا على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به. فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين:

أحدهما: أنهما اتفقا على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت.

الثاني: أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه.

فصل: ولو وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع. لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ. والصحيح ما ذكرناه، وإن هلك الرهن في يد المرتهن. ثم علم أنه كان معيباً لم يملك فسخ البيع. لأنه تعذر عليه رده. فإن قبل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يمتنع رده بحدوث العيب فيه. قلنا: إنما تضمن قيمته. لأن العقد لم يقع على ملكه وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة. أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئاً فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرطه على نفسه.

فصل: ولو لم يشترطا رهناً في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه إلا بإذن المرتهن إلا أنه إذا رده بعيب أو غيره لم يملك فسخ البيع.

فصل: وإذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهناً على ثمنه لم يصح قاله ابن حامد وهو قول الشافعي. لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكاً له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه، وروي عن أحمد أنه قال: إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون شرطاً عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه وقال القاضي: معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في نفس البيع رهناً غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وإن لم يف به فسخ البيع، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه. منها أنه غير مملوك له، ومنها أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي الوفاء منه، ومنها أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن، ومنها أن البيع يقتضي أن يكون إمساك المبيع مضموناً والرهن يقتضي أن لا يكون مضموناً وهذا يوجب تناقض أحكامهما، وظاهر الرواية صحة رهنه. وقولهم: إنه غير مملوك. قال: إنما شرط رهنه بعد هلكه. وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح إنما يقتضي وفاء الثمن مطلقاً، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفي من ثمنه. وقولهم، البيع

يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينتفي بشرط الخيار وهذا هو الجواب على الوجه الثالث والرابع. فأما إن لم يشترط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه، وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لأنه نوع تصرف فأشبه بيعه.

فصل: وإذا شرط في البيع رهناً فاسداً كالمحرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان مضى توجيههما في الشروط الفاسدة في البيع. واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع .وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك.

فصل: والشروط في الرهن تنقسم قسمين صحيحاً وفاسداً. فالصحيح: مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين، أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحة هذا خلافاً وإن شرط أن يبيعه المرتهن صح. وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال الشافعي: لا يصح. لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وإنجاز البيع.

ولنا: إن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه جاز توكيل المرتهن فيه كبيع عين أخرى. ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك جاز اشتراط البيع له كالعدل ولا يضر اختلاف الغرضين إذا كان غرض المرتهن مستحقاً له. وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وإنجاز البيع؛ وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماحة به كما لو وكل فاسقاً في بيع ماله وقبض ثمنه ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه. وإن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً مشترياً وموجباً قابلاً وقابضاً من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا.

فصل: وإذا رهنه أمة فشرط كونها عند امرأة أو ذي محرم لها أو كونها في يد المرتهن أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها مثل أن يكون لهما زوجات أو سراري أو نساء من محارمها معهما في دارهما جاز. لأنه لا يفضي إلى محرم وإن لم يكن كذلك فسد الشرط. لأنه يفضي إلى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن. لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد

من يجوز أن تكون عنده وإن كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز وإن لم يشترط موضعه صح أيضاً كالأمة، ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة عرفاً بخلاف العبد والأول أصح. فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا.

فصل: والقسم الثاني الشروط الفاسدة مثل أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط ألا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه أو لا يباع ما خيف تلفه أو بيع الرهن بأي ثمن كان أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك إن شرط الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه أو توقيت الرهن أو أن يكون رهناً يوماً ويوماً لا أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينتفع به أو ينتفع به المرتهن أو كونه مضموناً على المرتهن أو العدل، فهذه كلها فاسدة. لأن منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته وإن شرطا شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي: يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضا به بدونه وقيل: إن شرط الرهن مؤقتاً أو رهنه يوماً ويوماً لا فسد الرهن وهل يفسد بسائرها؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة: لأن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن» وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهاً واحداً وما لا فعلى وجهين وهذا مذهب الشافعي. لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن.

فصل: وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد. روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، لا نعلم أحداً خالفهم. والأصل في ذلك ما روى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن» رواه الأثرم. قال الأثرم قلت لأحمد ما معنى قوله: «لا يغلق الرهن»؟ قال: لا يدفع رهناً إلى رجل ويقول إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك. قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: «لا يغلق الرهن» عند مالك والثوري وأحمد، وفي حديث معاوية بن عبدالله بن جعفر أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى فمضى الأجل فقال الذي ارتهن منزلي. فقال النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن» ولأنه علق البيع على شرط. فإنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن. ويتخرج ألا يفسد لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رؤوس المسائل واحتج بقول النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن» فنفى

غلقه دون أصله فيدل على صحته ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضى به. ولنا: إنه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توفيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة.

فصل: ولو قال الغريم رهنتك عبدي هذا على أن تزيدني في الأجل كان باطلاً. لأن الأجل لا يثبت في الدين إلا أن يكون مشروطاً في عقد وجب به فإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن. لأنه جعله في مقابلته، ولأن ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الأجل.

فصل: إذا كان له على رجل ألف فقال: أقرضني ألفاً بشرط أن أرهنك عبدي هذا بالألفين فنقل حنبل عن أحمد أن القرض باطل وهو مذهب الشافعي لأنه قرض يجر منفعة وهو الاستيثاق بالألف الأول. وإذا بطل القرض بطل الرهن. فإذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز؟: قلنا: ليس هذا قرضاً جر منفعة. لأن غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسألتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الأول فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض. ونقل مهنا أن القرض صحيح، ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الألف الأول وحده وصححه فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال: بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنك عبدي به وبالألف الآخر الذي عليَّ فالبيع باطل رواية واحدة. لأن الثمن مجهول فإنه جعل الثمن ألفاً ومنفعة هي وثيقة بالألف الأول وتلك المنفعة مجهولة، ولأنه شرط عقد الرهن بالألف الأول فلم يصح كما لو أفرده أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره.

فصل: وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه. لأنه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك. فإن كان مؤقتاً أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضموناً. لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان. فإن كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الأجل فهو كغرس الغاصب. لأنه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الأجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس بإذن. لأن البيع وإن كان فاسداً فقد تضمن الإذن في التصرف فيكون الراهن مخيراً بين ثلاثة أشياء بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص.

مسألة: قال: (ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء إلا ما كان مركوباً أو محلوباً فيركب ويحلب بقدر العلف).

الكلام في هذه المسألة في حالين: أحدهما: ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال. لا نعلم في هذا خلافاً. لأن الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجز. لأنه يحصل قرضاً يجر منفعة وذلك حرام. قال أحمد: أكره قرض الدور وهو الربا المحض يعني: إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك روي ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال إسحاق: فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لا يجوز في القرض ويجوز في غيره. ومتى استأجرها المرتهن أو استعارها فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهناً فمتى انقضت الإجارة أو العارية عاد الرهن بحاله. قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن أسكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي ينتقل فيصير ديناً ويتحول عن الرهن وكذلك إن أكراها للراهن قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتهن داراً ثم أكراها لصاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت إليه صارت رهناً، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها. لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها كما في رواية ابن منصور. لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه، ومبنى ذلك على العارية فإنها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة.

فصل: فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد. لأنه ينافي مقتضى الرهن. وعن أحمد أنه يجوز في المبيع. قال القاضي: معناه أن يقول: بعتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهراً فيكون بيعاً وإجارة فهو صحيح، وإن أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه، وقال مالك: لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين وكرهه في الحيوان والثياب وكرهه في القرض. ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض.

فصل: الحال الثاني: ما يحتاج فيه إلى مؤنة فحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض أو بغير عوض بإذن الراهن كالقسم الذي قبله، وإن أذن له في الإنفاق والانتفاع بقدره جاز. لأنه نوع معاوضة. وأما مع عدم الإذن فإن الرهن ينقسم قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما. فأما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك. ونص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم واختاره الخرقي وهو قول إسحاق،

وسواء اتفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الإنفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه، وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء. وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه». ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن.

ولنا: ما روى البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً على الذي يركب ويشرب النفقة» فجعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع، فإن قيل: المراد به أن الراهن ينفق وينتفع قلنا: لا يصح لوجهين. أحدهما: أنه قد روي في بعض الألفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المنتفع، والثاني: أن قوله بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة وإنما ذلك حق المرتهن. أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر، ولأن نفقة الحيوان واجبة وللمرتهن حق قد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الإنفاق عليها والحديث نقول به: والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن أنفق محتسباً بالرجوع. فأما إن أنفق متبرعاً بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة.

فصل: وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره فأما الحيوان كالعبد والأمة ونحوهما فهل للمرتهن أن ينفق ويستخدمه بقدر نفقته؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز ذكرها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم قال: سمعت أبا عبدالله يسأل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال: الرهن لا ينتفع منه بشيء إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف. قلت له فإن كان اللبن والركوب أكثر قال لا إلا بقدر. ونقل حنبل عن أحمد أن له استخدام العبد أيضاً وبه قال أبو ثور: إذ امتنع المالك من الإنفاق عليه قال أبو بكر. خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به فإن القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للأثر ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس.

النوع الثاني: غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتهن لم يرجع بشيء رواية واحدة. وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فإن عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيما

لا يلزمه فإن فعل كان متبرعاً بخلاف الحيوان فإنه يجب على مالكه الإنفاق عليه لحرمته على نفسه.

فصل: فأما الحيوان إذا أنفق عليه متبرعاً لم يرجع بشيء. لأنه تصدق به فلم يرجع بعوضه كما لو تصدق على مسكين. وإن نوى الرجوع على مالكه وكان ذلك بإذن المالك رجع عليه لأنه ناب عنه في الإنفاق بإذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك. وإن كان بغير إذنه فهل يرجع عليه؟ يخرج على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه لأنه نَاب عنه فيما يلزمه، وقال أبو الخطاب: إن قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء، وإن عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه. والأول أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم.

فصل: وإذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك. قال أحمد: يوضع عن الراهن بقدر ذلك: لأن المنافع ملك الراهن فإذا استوفاها فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان.

مسألة: قال: (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمرة الشجرة المرهونة من الرهن).

أراد بغلة الدار: أجرها وكذلك خدمة العبد. وجملة ذلك: أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل. وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر وبنحو هذا قال النخعي والشعبي. وقال الثوري وأصحاب الرأي: في النماء يتبع. وفي الكسب لا يتبع. لأن الكسب في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير فلا يتبع في الرهن كأعيان مال الراهن، وقال مالك: يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر: لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب. لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه فلا يسري إلى غيره كحق الجناية، قال الشافعي: ولو رهنه ماشياً مخاضاً فنتجت فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ومن حجتهم أيضاً قول النبي ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» والنماء غنم فيكون للراهن، ولأنها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهناً كسائر ماله.

ولنا: إنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره، ولأن النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل، ولأنه حق مستقر في الأم ثبت برضا المالك فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد.

ولنا: على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فسرى إليه حكم الرهن كالولد وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء. فأما الحديث فنقول به وأن غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالأصل فإنه للراهن والحق متعلق به. والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله. وأما حق الجناية. فإنه ثبت بغير رضا المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولأنه جزاء عدوان فاختص الجاني كالقصاص، ولأن السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه.

فصل: وإذا ارتهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن ما يتبع في البيع. فإن كان في الأرض شجر فقال: رهنتك هذه الأرض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه. وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع. وإن رهنه شجراً مثمراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع وإن لم تكن ظاهرة دخلت. وقال الشافعي: لا تدخل الثمرة في الرهن بحال، وقال أبو حنيفة: تدخل بكل حال لأن الرهن عنده لا يصح على الأصول دون الثمرة وقد قصد إلى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة.

ولنا: إن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى. وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع. وكذلك الحمل وسائر البيع في ما بيع. لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع. ولو كان الرهن داراً فخربت كانت أنقاضها رهناً لأنها من أجزائها ولو كانت مرهونة قبل خرابها. ولو رهنه أرضاً فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بفعل غيره لأنه من نمائها.

فصل: وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه بإجارة أو إعارة ولا غيرها بغير رضا المرتهن وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر: للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم فيه، وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه؟ على الخلاف، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه. وقد سبق

الكلام في هذا. ولأنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه. أو نقول: نوع انتفاع فلا يملكه الراهن كالذي ينقص قيمة الرهن.

إذا ثبت هذا: فإن المتراهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع بها وكانت منافعها معطلة. فإن كانت داراً أغلقت وإن كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن، وإن اتفقا على إجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك هذا ظاهر كلام الخرقي لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهناً، ولو عطلت منافعها لم يكن لها غلة، وقال ابن أبي موسى إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته أو إجارته جاز والأجرة رهن، وإن أجره الراهن بإذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين والآخر لا يخرج كما لو أجره المرتهن، وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لهما، وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجراه وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي. وقالوا: إذا أجر الراهن الرهن بإذن المرتهن كان إخراجاً من الرهن لأن الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن.

ولنا: إن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الرهن. وهذا لا ينافي الانتفاع به، ولا إجارته ولا إعارته، فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارتها كالعبد إذا ضمن بإذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس، وإنما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به. ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في إمساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه.

فصل: ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته إن احتاج إليها فإذا كان الرهن ماشية فاحتاجت إلى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر، وإن كانت فحولاً لم يكن للراهن إطراقها بغير رضا المرتهن. لأنه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام إلا أن يصير إلى حال يتضرر بترك الإطراق فيجوز لأنه كالمداواة له.

مسألة: قال: (ومؤنة الرهن على الراهن. فإن كان عبداً فمات فعليه كفنه، وإن كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه).

وجملته: أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن. وبهذا قال مالك والشافعي والعنبري وإسحاق، وقال أبو حنيفة: أجر المسكن والحافظ على المرتهن لأنه من مؤنة إمساكه وارتهانه.

ولنا: قول النبي ﷺ «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» ولأنه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام ولأن الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن، وإن أبق العبدفأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة: يكون بقدر الأمانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن. وعند أبي حنيفة هو كأجر من يرده من إباقه وبنى ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده والكلام على ذلك في غير هذا الموضع، وإن مات العبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودفنه عليه كسائر العبيد والإماء والأقارب من الأحرار.

فصل: وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن، وإن احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف. لأنه يحتاج أن يستبقيها رهناً حتى يحل الحق، وإن كانت حالاً بيعت ولم يحتج إلى تجفيفها، وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز، وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقيها بعينها. لأن العقد يقتضي ذلك. إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطباً فإنه يباع ويجعل ثمنه مكانه وإن اتفقا على قطع الثمرة في وقت فلهما ذلك، سواء كان الحق حالاً، أو مؤجلاً، وسواء كان الأصلح القطع أو الترك. لأن الحق لا يخرج عنهما، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الأصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق. وإن كان الحق حالاً قدم قول من طلب القطع. لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته، وإن كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً. ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي. وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في الثمرة. فإن كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها عليه. لأن ذلك إتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره ليبيع أنقاضها ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها، وإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال.

فصل: وإن كان الرهن ماشية تحتاج إلى إطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه. لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه، وإن احتاجت إلى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً. لأن ذلك يجري مجرى علفها وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تتماسك به فللمرتهن منعه من ذلك، لأن في السفر بها إخراجها عن نظره ويده، وإن أجدب مكانها فلم يجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها، لأنه موضع ضرورة لأنها تهلك إذا لم يسافر بها إلا أنها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا ينفرد الراهن بها فإن امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها. لأن في بقائها هلاكها وضياع حقه من الراهن. فإن أرادا جميعاً السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الأصلح. فإن استويا قدمنا قول المرتهن، وقال

الشافعي: يقدم قول الراهن، وإن كان الأصلح غيره لأنه أملك بها إلا أن يكون مأواهـا إلى يد عدل.

ولنا: إن اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحـد وأيهما أراد نقلهـا عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء أراد نقلها إلى مثله أو أخصب منه إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع إمكان ترك السفر به وإن اتفقا عـلى نقلها جـاز أيضاً سـواء كان أنفـع لها أو لا لأن الحق لهـما لا يخرج عنهما.

فصل: وإن كان عبـداً يحتاج إلى ختـان والدين حـال أو أجله قبل بـرئه منـع منه. لأنـه ينقص ثمنه وفيه ضرر وإن كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتـدل لا يخاف عليـه فيه فله ذلـك لأنه من الواجبات ويزيد به الثمن ولا يضر المرتهن ومؤنته على الراهن. فـإن مرض فاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لأنه يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يـبرأ بغير عـلاج بخلاف النفقـة، وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه. لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما. وإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمـرتهن منعه منـه. لأنه لا يـأمن تلفه. وإن احتـاج إلى فصد أو احتاجت الدابة إلى توديج ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهمـا عرقـان عريضـان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبـزيغ وهـو فتح الـرهصة فللراهن فعـل ذلك مـا لم يخف منه ضرراً وإن احتيـج إلى قطع شيء من بـدنه بـدواء لا يخاف منـه جاز وإن خيف منـه لم يجبر وإن كانت به آكلة كان له قطعها. لأنـه يخاف من تـركها لا من قـطعها. لأنـه لا يحس بلحم ميت، وإن كانت به خبيثة فقال أهـل الخبرة الأحـوط قطعهـا وهو أنفـع من بقائهـا فللراهن ذلك وإلا فليس له فعله. وإن تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها. لأنه يحـدث جرحـاً فيه لم يترجح إحداثه وإن كانت به سلعة أو إصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها. لأن قطعها يخـاف منه وتركها لا يخاف منه، وإن كـانت الماشيـة جربـة فأراد الـراهن دهنها بمـا يرجى نفعـه ولا يخاف ضرره كـالقـطران والـزيت اليسـير لم يمنـع وإن خيف ضرره كـالكثـير فللمـرتهن منعـه، وقـال القاضي: له ذلك بغير إذن المرتهن. لأن له معالجة ملكـه وإن امتنع من ذلـك لم يجبر عليـه، ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع. لأن فيـه إصلاح حقـه بما لا يضر بغـيره وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه. لأن فيه خطراً بحق غيره.

فصل: فإن كان الرهن نخلاً فاحتاج إلى تأبير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه. لأن فيـه مصلحة بغـير مضرة. وما يسقط من ليف أو سعف أو عـراجين فهـو من الرهن. لأنـه من أجزائه أو من نمـائه. وقـال أصحاب الشـافعي: ليس من الرهن بنـاء منهم على أن النـماء ليس منه، ولا يصح ذلك ههنا. لأن السعف من جملة الأعيان التي ورد عليها عقـد الرهن. فكـانت منه كالأصول وأنقاض الدار، وإن كان الرهن كرماً فله زباره. لأنـه لمصلحته، ولا ضرر فيـه،

والزرجون من الرهن ولو كان الشجر مزدحماً، وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك. وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك، وإن قيل: هو الأولى. لأنه قد لا يعلق فيفوت الرهن، وإن امتنع الراهن من فعل هذا كله، لم يجبر عليه. لأنه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة من الرهن.

فصل: وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع أجبره الحاكم عليها، وإن لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله، فإن لم يكن له مال اكترى من الرهن. فإن بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء. وإن أنفق بإذن الراهن أو إذن الحاكم عند تعذر إذن الراهن محتسباً رجع به. وإن تعذر إذنهما. أشهد على أنه أنفق ليرجع بالنفقة وله الرجوع بها، وإن أنفق من غير استئذان الحاكم مع إمكانه، أو من غير إشهاد بالرجوع عند تعذر استئذانه ليرجع به فهل يرجع؟ على روايتين. وإن أنفق بإذن الراهن ليكون الرهن رهناً بالنفقة والدين الأول لم يصح ولم يصر رهناً بالنفقة لما ذكر. وإن قال الراهن. أنفقت متبرعاً، وقال المرتهن بل أنفقت محتسباً بالرجوع. فالقول قول المرتهن. لأن الخلاف في نيته وهو أعلم بها، ولا اطلاع لغيره من الناس عليها، وعليه اليمين، لأن ما قاله الراهن محتمل. وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما. لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها محتسباً أو متبرعاً.

مسألة: قال: (والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدي المرتهن أو لم يحرزه ضمن).

أما إذا تعدى المرتهن في الرهن، أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فإنه يضمن، لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً. ولأنه أمانة في يده فلزمه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة، وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط. فلا ضمان عليه، وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال عطاء والزهري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ويروى عن شريح والنخعي والحسن: أن الرهن يضمن بجميع الدين، وإن كان أكثر من قيمته لأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الرهن بما فيه» وقال مالك إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق، فمن ضمان الراهن، وإن ادعى تلفه بأمر خفي، لم يقبل قوله وضمن. وقال الثوري وأصحاب الرأي: يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واحتجوا بما روى عطاء: أن رجلاً رهن فرساً، فنفق عند المرتهن، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك. فقال: «ذهب حقك» ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى، ولأنه محبوس بدين فكان مضموناً كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه.

ولنا: ما روى ابن أبي ذئب غن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه» رواه الأثرم عن أحمد بن عبدالله بن يونس عن ابن

أبي ذئب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ولفظه «الرهن من صاحبه الذي رهنه» وباقيه سواء. قال ووصله بان المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة. ولأنه وثيقة بالدين، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل والشاهد، ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة كالوديعة. وعند مالك: أن ما لا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة. فأما حديث عطاء فهو مرسل، وقول عطاء يخالفه. قال الدارقطني: يرويه إسماعيل بن أمية وكان كذاباً. وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفاً، ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس. وحديث أنس إن صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه، وأما المستوفى فإنه صار ملكاً للمستوفي وله نماؤه وغنمه، فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والبيع قبل القبض ممنوع.

فصل: وإذا قضاه جميع الحق أو أبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يده، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا قضاه كان مضموناً، وإذا أبرأه أو وهبه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لأن القبض مضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه. وعندنا أنه كان أمانة، وبقي على ما كان عليه، وليس عليه رده. لأنه أمسكه بإذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية. فإنه يختص بنفعها، وبخلاف ما لو أطارت الريح إلى داره ثوباً، لزمه رده إلى مالكه، لأن مالكه لم يأذن في إمساكه، فأما إن سأل مالكه في هذه الحال دفعه إليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه إليه إذا أمكنه، فإن لم يفعل صار ضامناً كالمودع إذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها. وإن كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف، أو باب مغلق لا يمكنه فتحه، أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة، أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك فتلف. فلا ضمان عليه لأنه لا تفريط منه فأشبه المودع.

فصل: وإذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكه، والرهن باطل من أصله. فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر عليه الضمان. وللمالك تضمين أيهما شاء. فإن ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك، وإن ضمن الراهن رجع عليه، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه فالحكم كذلك. لأن الضمان يستقر عليه، وإن تلف بغير تفريطه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يضمن ويستقر الضمان عليه. لأن مال غيره تلف تحت يده العادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم.

والثاني: لا ضمان عليه. لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه، فلم يضمنه كالوديعة. فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير.

والوجه الثالث: أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب فإن ضمن الغاصب لم يرجع على أحد، وإن ضمن المرتهن رجع على الغاصب لأنه غره فرجع عليه كالمغرور بحرية أمة.

مسألة: قال: (وإن اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه، وإن اختلفا في قدر الحق فالقول قول الراهن مع يمينه إذا لم يكن لواحد منهما بما قال بينة).

يعني: إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي لزم المرتهن ضمانه، وهي إذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لأنه غارم، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به والقول قول المنكر. وبهذا قال الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً. وإن اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن: رهنتك عبدي هذا بألف، فقال المرتهن: بل بألفين فالقول قول الراهن وبهذا قال النخعي والثوري الشافعي والبتي وأبو ثور وأصحاب الرأي. وحكي عن الحسن وقتادة: أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك. لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق.

ولنا: إن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر، لقول رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم. ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف. فالقول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين، وما ذكره من الظاهر غير مسلم. فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته. إذا ثبت هذا: فالقول قول الراهن في قدر ما رهنه به. سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا. فلو اتفقا على أن الدين ألفان، وقال الراهن: إنما رهنتك بأحد الألفين، وقال المرتهن: بل رهنته بهما؛ فالقول قول الراهن مع يمينه. لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبده والقول قول المنكر، وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين، وقال الراهن: هو رهن بالمؤجل، وقال المرتهن: بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه. لأنه منكر، ولأن القول قوله في أصل الرهن. فكذلك في صفته، وهذا إذا لم يكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل.

فصل: وإن اختلفا في قدر الرهن، فقال: رهنتك هذا العبد. قال: بل هو والعبد الآخر. فالقول قول الراهن. لأنه منكر، ولا نعلم في هذا خلافاً. وإن قال: رهنتك هذا العبد. قال: بل هذه الجارية، خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه، وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية. وخرجت من الرهن أيضاً. وإن اختلفا في رد الرهن إلى الراهن فالقول قوله أيضاً، لأنه منكر واوصل معه. وكذلك الحكم في المستأجر، إذا ادعى رد العين المستأجرة، وقال أبو الخطاب: يتخرج فيهما وجه آخر أن القول قول المرتهن، والمستأجر

في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل إذا ادعيا الرد. فإن فيهما وجهين. والفرق بينهما وبين المرتهن، أن المرتهن قبض العين لينتفع بها، وكذلك المستأجر والوكيل، قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين، والمضارب قبضها لينتفع بربحها لا بها. وإن اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن يده يد أمانة. ويتعذر عليه إقامة البينة على التلف. فقبل قوله فيه كالمودع.

فصل: فإن قال: بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبديك هذين قال: بل على أن أرهنك هذا وحده، ففيها روايتان حكاهما القاضي:

إحداهما: يتحالفان لأنه اختلاف في البيع، فهو كالاختلاف في الثمن.

والثانية: القول قول الراهن. لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه. والقول قول المنكر وهذا أصح.

فصل: وإن قال: أرسلت وكيلك فرهنني عبدك على عشرين قبضها. قال: ما أمرته برهنه إلا بعشرة، ولا قبضت إلا عشرة. سئل الرسول: فإن صدق الراهن فعليه اليمين، أنه ما رهنه إلا بعشرة، ولا قبض إلا عشرة. ولا يمين على الراهن. لأن الدعوى على غيره، فإذا حلف الوكيل برئا جميعاً، وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها، ولا يرجع بها على أحد، لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها ولا أمره بأخذها وإنما المرتهن ظلمه، وإن صدق الوكيل المرتهن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن. فالقول قول الراهن مع يمينه، فإن نكل قضي عليه بالعشرة ويدفع إلى المرتهن. وإن حلف برىء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتهن، لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظلمه، وإن عدم الرسول أو تعذر إحلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه إلا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى.

فصل: إذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال: قضيت دين الرهن، وقال المرتهن: بل قضيت الدين الآخر. فالقول قول الراهن مع يمينه، سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه. لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه، ولأنه يقول: إن الدين الباقي بلا رهن، والقول قوله في أصل الرهن، فكذلك في صفته. وإن أطلق القضاء ولم ينو شيئاً، فقال أبو بكر: له صرفها إلى أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب، فأدى قدر زكاة أحدهما كان له أن يعين عن أي المالين شاء. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم: يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد منهما نصفه، لأنهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنهما، فأما إن أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن ذكره أبو بكر.

فصل: وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما ولم يضر إنكاره. لأن الحق لهما، وإن قال أحدهما: قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتهن له، ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادة الوكيل لموكله.

فصل: إذا كان في يد رجل عبد. فقال: رهنتني عبدك هذا بألف، فقال: بل قد غصبته أو استعرته. فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده، لأن الأصل عدم الرهن، وإن قال السيد: بعتك عبدي هذا بألف، قال: بل رهنته عندي بها، فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي ينكره، ويأخذ السيد عبده، وهكذا لو قال: رهنتكه بألف أقرضتنيه، قال: بل بعتنيه بألف قبضته مني ثمناً، فكذلك ويرد صاحب العبد الألف ويأخذ عبده.

فصل: وإذا ادعى على رجلين فقال: رهنتماني عبدكما بديني عليكما، فأنكراه. فالقول قولهما، فإن شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته إذا كان عدلاً وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً أو يحلف مع أحدهما، ويصير نصيب الآخر رهناً وإن أقر أحدهما ثبت في حقه وحده، وإن شهد المقر على المنكر قبلت شهادته إن كان عدلاً. لأنه لا يجلب لنفسه نفعاً، ولا يدفع عنها ضرراً. وبهذا قال أصحاب الشافعي، وقال بعضهم: إذا أنكرا جميعاً في شهادتهما نظر، لأن المشهود له يدعي أن كل واحد منهما ظالم له بجحوده حقه من الرهن فإذا طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم له. قلنا: لا يصح هذا، فإن إنكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه. وإن كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو تلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما. وإن كان أحدهما كاذباً في مخالفته لصاحبه، ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في أحدهما.

فصل: وإذا رهن عيناً عند رجلين، فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ومتى وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين، فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفرداً، فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون لزم ذلك، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته، لأن على المرتهن ضرراً في قسمته ويقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة، وإن رهن اثنان عبدهما عند رجل فوفاه أحدهما، انفك الرهن في نصيبه. وقد قال أحمد: في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على ألف، فقضاه أحدهما، ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي وقال أبو الخطاب: في رجل رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما، فجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه، وهذا من كلام أحمد وأبي الخطاب، محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن، لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز أن يقال: إنه رهن نصف العبد عند رجل

فصار جميعه رهناً، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف، فهذه أربعة عقود ويصير كل ربع من العبد رهناً بمائتين وخمسين، فمتى قضاها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر قاله القاضي وهو الصحيح.

فصل: ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال: كل واحد منهما رهنه عندي دون صاحبي فأنكرهما جميعاً. فالقول قوله مع يمينه، وإن أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم إلى من صدقه وحلف الآخر وإن قال: لا أعلم عين المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه. وإن كان في أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده، وإن كان في يد غيرهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعيا ملكه، ولو قال: رهنته عند أحدهما ثم رهنته للآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم إليه وحلف للآخر، وإن نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فإنه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو. وإن نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للأول. لأنه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا، وقال القاضي: إذا اعترف به لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له؟ على وجهين. ولو اعترف لأحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له وفي النصف الآخر وجهان.

فصل: إذا أذن المرتهن الراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بثمنه. وإن أذن له قبل حلوله مطلقاً فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه. لأنه أذن له فيما ينافي حقه فأشبه ما لو أذن في عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومحمد: يكون الثمن رهناً لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين. قال الطحاوي حق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف.

ولنا: إنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن. فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعتق، ويخالف ما بعد الحلول لأن المرتهن يستحق البيع ويخالف الإتلاف. لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن، فإن قال: إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهناً لم يلتفت إلى دعواه. لأن إطلاق الإذن يقتضي بيعاً بفسخ الرهن وبهذا قال الشافعي وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهناً أو يعجل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك. وإن اختلفا في الإذن فالقول قول المرتهن لأنه منكر، وإن أذن في البيع واختلفا في شرط جعل ثمنه رهناً أو تعجيل دينه منه. فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الشرط، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لأن الأصل بقاء الوثيقة، وإن أذن الراهن في البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه، وإن باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتمل وجهين بناء على عزل الوكيل قبل علمه،

فإن اختلفا في الرجوع قبل البيع فقال القاضي القول قول المرتهن أيضاً لأن الأصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فتعارض الأصلان وبقيت العين رهناً على ما كانت. وبهذا كله قال الشافعي وهذا فيما لا يحتاج إلى بيعه فأما ما دعت الحاجة إلى بيعه كالذي خيف تلفه إذا أذن في بيعه مطلقاً تعلق الحق بثمنه لأن بيعه مستحق فأشبه ما بيع بعد حلول الدين.

فصل: إذا حل الحق لزم الراهن الإيفاء لأنه دين حال فلزم إيفاؤه كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلمالكه وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن. وإن لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما طولب بالوفاء وبيع الرهن فإن فعل وإلا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره ليبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بغير إذنه.

ولنا: إنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن.

مسألة: قال: (والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه حياً كان الراهن أو ميتاً).

وجملته: أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجر عليه لفلسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش جناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل، ثم من له رهن فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء. لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء: ولا نعلم في هذا خلافاً، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم فيباع الرهن فإن كان ثمنه وفق حقه أخذه، وإن كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء ببقية دينه، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو أحق بها ثم يقسم الباقي بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجناية المفلس لم يقدم وكان أسوة الغرماء. لأن أرش جنايته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون بخلاف أرش جناية العبد فإنها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به ممن تعلق حقه بمجرد الذمة، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الراهن حياً أو ميتاً. لأن تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقاً بعين المال وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كأرش الجناية.

فصل: ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء. لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش جناية المفلس، وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه يقدم على الغرماء. لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولأنه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي.

ولنا: إن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن. فإن حقه تعلق بالعين وما ذكروه من المعنى الأول منتقض بأرش جناية المفلس. والثاني. مصلحة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها. فأما إن كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه. لأن عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالعهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين.

فصل: ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه. لأن حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً. فإن هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الأجرة. وإن استأجر جملاً في الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء. لأن حقه لم يتعلق بالعين. وهذا مذهب الشافعي. ولا نعلم فيه خلافاً. فإن آجر داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الإجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة. وإن اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال. لأنه أحوط من التأخير فإذا استوفى المستأجر يسلم المشتري. وإن اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الإجارة فلهم ذلك. لأن الحق لهم لا يخرج عنهم.

فصل: ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما. لأن المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وما بعده. وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به. لأنه وجد عين ماله وإن لم يجده فله أسوة الغرماء. لأنه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذي يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه. فإن كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه. وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلاً عما في الذمة

من المسلم فيه. ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه. وإن أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء.

مثاله: رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فإنه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويعزل نصفه للمسلم. فإن رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبينا أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشترى له به ثلثا قفيز فيدفع إليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر. فإن غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبينا أنه يستحق مثلي ما يستحق صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشتري له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشتري له به أيضاً. لأن المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه. فإن زاد فللمفلس وإن نقص فعليه.

فصل: قال عبدالله بن أحمد: سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده. قال: إذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها. فإن عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يغرم لهم. هذا الذي أذهب إليه. وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل. فظاهر هذا أنه يستوفي حقه. ونقل أبو طالب: لا يستوفي حقه من ثمنه. ولكن إن جاء صاحبها فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه. وأما إن رفع أمره إلى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك.

كتاب المفلس

المفلس: هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه: «أتدرون المفلس؟» قالو يا رسول الله المفلس فينا من لا دلاهم له ولا متاع قال: ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار» أخرجه مسلم بمعناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس وقول النبي ﷺ: «ليس ذلك المفلس» تجوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغني ونحو هذا قوله ﷺ «ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب» وقوله: «ليس السابق من سبق بعيره وإنما السابق من غفر له» وقوله: «ليس الغنى عن كثرة الغرض إنما الغنى غنى النفس» ومنه قول الشاعر:

ليس من مات فاستراح بميت   إنما الميت ميت الأحياء

وإنما سمي هذا مفلساً. لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال، والمفلس في عرف الفقهاء من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبي ﷺ مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لا شيء له، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز أن يكون سمي بذلك لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها.

فصل: ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجتنب معاملته فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام، أحدها: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله. والثاني: منع تصرفه في عين ماله. والثالث: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط. الرابع: أن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء، والأصل في هذا «ما روى كعب بن مالك أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ بن جبل وباع ماله» رواه الخلال بإسناده، وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي ﷺ غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء، قال بعض أهل العلم إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله ﷺ لأنهم كانوا يهوداً.

مسألة: قال: (وإذا فلس الحاكم رجلاً فأصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون أسوة الغرماء).

وجملته: أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها بالشروط التي يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته، وروي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال عروة ومالك والأوزاعي والشافعي والعنبري وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر. وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لأن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حقه من الإمساك فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس كالمرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن، ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم.

ـ ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» متفق عليه، قال أحمد: لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حكمه، ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر، ولأنه إذا شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه، استحق الفسخ، وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى، ويفارق المبيع الرهن فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل، والثمن ههنا بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل وقولهم: تساووا في سبب الاستحقاق قلنا: لكن اختلفوا في الشرط، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ، وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده. إذا ثبت هذا: فإن البائع بالخيار إن شاء رجع في السلعة وإن شاء لم يرجع، وكان أسوة الغرماء، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ

فلا يوجبه كالعيب والخيار، ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم كفسخ النكاح لعتق الأمة.

فصل: وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب وفي ذلك روايتان:

إحداهما: هو على التراخي. لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة.

والثاني: هو على الفور. لأنه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض، فكان على الفور كالرد بالعيب. ولأن جواز تأخيره.يفضي إلى الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم، فأشبه خيار الأخذ بالشفعة، ونصر القاضي هذا الوجه ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

فصل: فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه قبوله نص عليه أحمد، وبه قال الشافعي، وقال مالك: ليس له الرجوع لأن الرجوع إنما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فإذا بذل له بكماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب، ولنا الخبر الذي رويناه، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده، وبهذا ينتقض ما ذكروه وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من التركة، وفي هذا القسم ضرر آخر. لأنه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه، وإن دفعوا إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنه الأداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسخ لزوال سببه، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس.

فصل: فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم. ولأنه لا يستحق المطالبة بثمنها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً ولأن العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة فأشبه من اشترى معيباً يعلم عيبه، وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر. ولأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها، وفيه وجه ثالث إن باعه عالماً بفلسه فلا فسخ له. وإن لم يعلم فله الفسخ كمشتري المعيب، ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضى بالمعسر بها رضى بعيب ما لم يجب بخلاف مسألتنا وإنما يشبه هذا إذا تزوجته معسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ.

فصل: ومن استأجر أرضاً ليزرعها فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة. لأنه وجد عين ماله، وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالأجرة وإن كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه فإن المدة ههنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجرة لأنه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال، وقال القاضي في موضع آخر من اكترى أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعليه تبقية زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله لأن المعقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد أن أتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الغرماء كذا ههنا ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى، وهذا مذهب الشافعي، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد لصحته الخبر ولا يصح في النظر. أما الخبر: فلأن النبي ﷺ إنما قال: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به الإجماع فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها وعدم الرجوع في عينها ولأن معنى قوله: «من أدرك متاعه بعينه» أي على وجه يمكنه أخذه لا يتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك، وأما النظر فلأن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وإمكان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين ولا أمكن ردها إليه، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقتضي في محل النص ولا هو في معناه فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل ولو اكترى رجلاً يحمل له متاعاً إلى بلد ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء فللمكتري الفسخ، وإن حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ وقياس قول القاضي له ذلك فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى. وعلى قياس قول القاضي: ينفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حكينا قوله فيها.

فصل: فإن أقرض رجلاً مالاً ثم أفلس المقترض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع، وإن أصدق امرأة له عيناً ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلس ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا.

مسألة: قال: (فإن كانت السلعة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كأسوة الغرماء).

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمس شرائط. أحدها: أن تكون السلعة باقية بعينها لم يتلف بعضها فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهبت عينه، أو

تلف بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته فتلفت الثمرة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال إسحاق وقال مالك والأوزاعي والشافعي والعنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف. لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالأب فيما وهب لولده، ولنا قول النبي ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» فشرط أن يجده بعينه ولم يجده بعينه، ولأنه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه من الثمن لأنه فات شرط الرجوع، وإن كان المبيع عينين كعبدين أو ثوبين تلف أحدهما أو بعض أحدهما ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان: إحداهما: لا يرجع نقلها أبو طالب عن أحمد قال: لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبه ما لو كان عيناً واحدة، ولأن بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع كما لو قطعت يد العبد ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوباً واحداً فتلف بعضه فهو أسوة الغرماء، وإن كان رزماً فتلف بعضها فإنه يأخذ بقيمتها إذا كان بعينه لأن السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم قوله ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» ولأنه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع.

فصل: وإن باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه. لأن البائع ما أدرك ماله بعينه.

فصل: وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو مرض أو تغير عقله، أو كان ثوباً فخلق لم يمنع الرجوع. لأن فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين ماله لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال ثمنه. لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الأسعار، ولو كان المبيع أمة ثيباً فوطئها المشتري ولم تحمل. فله الرجوع فيها لما ذكرنا. فإنها لم تنقص في ذات ولا في صفات، وإن كانت بكراً. فقال القاضي: له الرجوع لأنه فقد صفة. فإنه لم يذهب منها جزء. وإنما هو كالجراح. وقال أبو بكر: ليس له الرجوع. لأنه أذهب منها جزءاً فأشبه ما لو فقأ عينها وإن وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا.

فصل: وإن جرح العبد أو شج، فعلى قول أبي بكر: لا يرجع. لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن. فأشبه ما لو فقئت عين العبد. لأنه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع. كما لو قطعت يد العبد. ولأنه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع من الرجوع فيها شيء سواه كما

ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه، ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما، فلا يثبت في محل لا يحصل به هذا المقصود. وقال القاضي: قياس المذهب أن له الرجوع لأنه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب، فإذا رجع نظرنا في الجرح فإن كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جناية المفلس، أو جناية عبده، أو جناية العبد على نفسه. فليس له مع الرجوع أرش، وإن كان الجرح موجباً لأرش كجناية الأجنبي فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن. لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن، فإن قيل: فهلا جعلتم له الأرش الذي وجب على الأجنبي لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء. فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الأرش. قلنا: لما أتلفه الأجنبي صار مضموناً بإتلافه للمفلس فكان بالأرش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمنه بالأرش، وإذا لم يتلفه أجنبي فلم يكن مضموناً فلم يجب بفواته شيء، فإن قيل: فهلا كان هذا الأرش للمشتري ككسبه لا يضمنه للبائع؟ قلنا: الكسب بدل منافعه، ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض، وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالعوض فلهذا ضمن ذلك للمشتري.

فصل: فإن اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر أو قمحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع. وقال مالك يأخذ زيته. وقال الشافعي: إن خلطه بمثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن. وإن خلطه بأجود منه، ففيه قولان:

ـ **أحدهما**: يسقط حقه من العين، قال الشافعي: وبه أقول. واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم، فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة. ولأنه ليس فيه أكثر من اختلاط ماله بغيره، فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوباً فصبغه، أو سويقاً فلته.

ولنا: إنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت، ولأن ما يأخذه من غير عين ماله. إنما يأخذه عوضاً عن ماله. فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ماله، وقول النبي ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه» أي من قدر عليه وتمكن من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس، أو كانت مسامير قد سمر بها باباً، أو حجراً قد بنى عليه، أو خشباً في سقفه، أو أمة استولدها. وهذا إذا أخذ كيله أو قيمته. إنما يأخذ عوض ماله. فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فإن عينه يمكنه أخذها والسويق كذلك فاختلفا.

فصل: وإن اشترى حنطة فطحنها أو زرعها، أو دقيقاً فخبزه، أو زيتاً فعمله صابوناً، أو ثوباً فقطعه قميصاً، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو خشباً فنجره أبواباً، أو شريطاً فعمله إبراً، أو شيئاً فعمل به ما أزال اسمه، سقط حق الرجوع وقال الشافعي فيه قولان:

أحدهما: بـه أقول: يـأخذ عـين مالـه ويعطي قيمـة عمل المفلس فيهـا، لأن عين مـاله موجودة، وإنما تغير اسمها فأشبه ما لو كان المبيع جملاً فصار كبشاً أو ودياً(١) فصار نخلاً.

ولنا: إنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن الرجوع كـما لو تلف، ولأنـه غير اسمـه وصفته فلم يملك الرجوع كما لو كان نوى فنبت شجراً. والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع. وإن سلم فإنـه لم يتغير اسمه بخلاف مسألتنا.

فصل: وإن كان حبـاً فصار زرعـاً، أو زرعاً فصـار حباً أو نـوى فنبت شجراً، أو بيضـاً فصـار فراخـاً. سقط حق الرجـوع. وقال القـاضي: لا يسقط وهو أحـد الوجهـين لأصحـاب الشافعي المنصوص عليه منهما. لأن الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة.

ولنا: إنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفـه متلف فأخـذ قيمته. ولأن الحب أعيـان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع. وكذلك أعيان الفرخ: ولو استـأجر أرضـاً واشترى بذراً وماء، فزرع وسقى واستحصد وأفلس. فـالمؤجر وبـائع البـذر والماء غـرماء لا حق لهم في الرجوع. لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم. وعلى قول من قال: لـه الرجـوع في الزرع يكـون عليه غرامة الأجرة وثمن الماء، أو قيمة ذلك.

فصل: وإن اشترى ثوباً فصبغه. أو سويقـاً فلته بـزيت. فقال أصحـابنا: لبـائع الثـوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما. وهو مذهب الشافعي. لأن عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغير اسمها. ويكون المفلس شريكاً لصاحب الثوب والسويق بمـا زاد عن قيمتهما فـإن حصل زيـادة فهي له. وإن حصل نقص فعليه. وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق. فإن شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له. وإن شاء تركهما وله أسوة الغـرماء. لأن هـذا نقص صفة فهـو كالهـزال. ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كما لو سمن العبد. ولأن الرجوع ههنا لا يتخلص بـه البائـع من المفلس ولا يحصل بـه المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به.

فصل: وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً، أو زيتاً فلت به سويقاً، فبائعهما أسوة الغرماء، وقال أصحاب الشافعي: له الرجوع. لأنه وجد عين ماله، قالوا ولو اشترى ثوباً وصبغاً وصبـغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء في عين مـاله وكـان بائـع الصبغ شريكـاً لبائـع الثوب، وإن حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لأنه الذي يتفـرق وينقص الثوب بحـاله فـإذا كانت قيمـة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسه فصارت قيمتهما اثنا عشر. كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه

---

(١) الودي: صغـار النخل التي تشتل فتغرس.

وللآخر سدسه؛ ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم، وذكر القاضي مثل هذا في موضع.

ولنا: إنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف. ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه. كما لو كان حجراً بنى عليه أو مسامير سمر بها باباً، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به. فقال أصحابنا: لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب. فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكاً له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ. ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا. لأنه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر، ولأن المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا. فيملك الرجوع به كما يملكه ثم ولو أنه المشتري رفوفاً ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعهما فيهما كذلك وكذلك ما أشبهه.

فصل: إذا اشترى ثوباً فقصره[1] لم يخل من حالين:

أحدهما: أن لا تزيد قيمته بذلك. فللبائع الرجوع فيه. لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها. وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص. لأن ذلك النقص نقص صفة. فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد. ولا شيء له مع الرجوع.

الثاني: أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الخرقي: لأن الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد. ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها. فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ إذا صبغ به. والزيت إذا لت به سويق، وقال القاضي وأصحابه: له الرجوع فيها لأنه أدرك متاعه بعينه. ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها، فعلى قولهم: إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وفاها، فهما شريكان في الثوب. فإذا كانت قيمة الثوب خمسة، فصار يساوي ستة، فللمفلس سدسه، ولبائعه خمسة أسداسه، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري. وإن لم يختر بيع الثوب وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه، وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره. فله حبس الثوب على استيفاء أجره. فإن كانت الزيادة بقدر الأجر دفعت إليه. وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع

---

(١) قصره: أي صبغه.

الغرماء بما بقي. وإن كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين، والآخر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء.

فصل: الشرط الثاني: أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحو ذلك، واختلف المذهب في هذا فذهب الخرقي إلى أنها تمنع الرجوع، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي إلا أن مالكاً يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به، احتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل في حقه تاماً وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن.

ولنا: إنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع، ولأنها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالمنفصلة والحاصلة بفعله ولأن النماء لم يصل إليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالعيب لوجهين:

أحدهما: أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسألتنا.

والثاني: أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة، وقولهم: إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة ـ لا يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقاً للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المعيب. ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة. فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها، كذلك ههنا بل أولى فإن الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء، فمنع المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام ديونهم والمفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته.

فصل: وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر، وههنا قد تعلقت به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل بحقه أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالغرماء فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمنع أحق.

فصل: فأما الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص إذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس، هذا ظاهر كلام الخرقي لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى، وهذا قول ابن حامد والقاضي ومذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع لأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة.

ولنا: إنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو رده بعيب ولأنه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الإقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان» يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضاً وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعهما في حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء.

فصل: ولو اشترى أمة حاملاً ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها من أجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى، وإن أفلس بعد وضعها. فقال القاضي: له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل، والصحيح: أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول أبي بكر: لا يمنع الرجوع فيهما وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمنع الرجوع في الأم لئلا يفضي إلى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع في الأم ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعاً، وإن لم يفعل بيعت الأم وولدها جميعاً وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الأم فهو للبائع وما خص الولد كان للمفلس وإن قلنا إن للولد حكماً وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم فإن كانت الأم والولد قد زادا بالوضع فحكمهما حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وإن لم يزيدا جاز الرجوع فيهما وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فتلف بعض أحدهما فهل يمنع ذلك الرجوع في الأخرى كذلك؟ يخرج ههنا وجهان:

أحدهما: أنه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الأم دون الولد على ما فصلناه.

الثاني: ليس له الرجوع في شيء منهما لأنه لم يجد المبيع إلا زائداً فامتنع عليه الرجوع كالعين الواحدة، وإن كان البيع حيواناً غير الأمة فحكمه حكمها إلا في أن التفريق بينها وبين ولدها جائز، والأمة بخلاف ذلك.

فصل: وإن اشترى حائلاً فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح، ويمتنع الرجوع في الأم دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قول الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الأم على ما ذكرنا في التي قبلها، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيهما، وقال القاضي: إذا وجدنا حاملاً انبنى على أن الحمل هل له حكم أو لا؟ فإن قلنا لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة. وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل يتربص به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه، وإن كان الحمل في غير الأدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم.

فصل: إذا كان المبيع نخلاً أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال: أحدها: أن يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تثمر ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها. الثاني أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر ويشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم ما لو اشترى عينين فتلفت إحداهما ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الأصول ويضرب مع الغرماء بحصة التالف من الثمر: على روايتين وإن تلف بعضها فهو كتلف جميعها. وإن زادت أو بدا صلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها.

الحال الثالث: أن يبيعه نخلاً قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق فإن أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لأن المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها.

الحال الرابع: باعه نَخْلاً حائلاً فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب:

أحدها: أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي كالسمن والكبر، ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع لأنه يمكن فصله ويصح إفراده بالبيع فهو كالمؤبر بخلاف السمن والكبر وهذا قول ابن حامد، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ بعيب وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني يرجع في الأصل دون الطلع وكذلك عندهم الرد بالعيب والأخذ بالشفعة. الضرب الثاني: أفلس بعد التأبير

وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر والصحيح الأول لأن الثمرة لا تتبع في البيع الذي ثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضى المشتري أولى ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فإنه يرجع في الأرض دون الزرع وجهاً واحداً لأن ذلك من فعل المشتري. الضرب الثالث: أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له الرجوع كما لو أفلس بعد تأبيرها لأن العين لا تنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يخترها إلا بعد تأبيرها فإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير وأنكره المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء ملكه وعدم زواله. وإن قال له البائع بعت بعد التأبير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فإن شهد الغرماء للمفلس لم تسمع شهادتهم لأنهم يجرون إلى أنفسهم نفعاً، وإن شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة. الضرب الرابع: أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها رجع البائع في الأصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزار، وكذلك إذا رجع في الأرض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد لأن المشتري زرع في أرضه بحق وطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه كما لو باع الأصل وعليه الثمرة أو الزرع وليس على صاحب الزرع أجر لأنه زرع في أرضه زرعاً تجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الأرض فلم يكن عليه ضمان ذلك.

إذا ثبت هذا فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك، وإن اختلفوا فطلب بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فإن كان مما لا قيمة له مقطوعاً أو قيمته يسيرة لم يقطع لأن قطعه سفه وتضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعته وإن كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم قول من طلب القطع لأنه أحوط فإن في تبقيته غرراً ولأن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي: وأكثر أصحاب الشافعي.

والثاني: ينظر إلى ما فيه الحظ فيعمل به لأن ذلك أنفع لجميعهم والظاهر سلامته ولهذا يجوز أن يزرع للمولى عليه، وفيه وجد آخر أنه إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت إجابتهم لأن حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها وإن كان الطالب له المفلس دونهم وكان التأخير أحظ له لم يقطع لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك:

فصل: إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولاً أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لأنهم يقرون أنهم لا حق لهم فيه فإن أراد دفعه إلى أحدهم وتخصيصه بثمنه فله ذلك لإقرار باقيهم بعدم حقهم فيه فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الإبراء من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه وإما أن تبرىء من قدر ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعي. لأنه محكوم به على المفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المكاتب إلى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر المكاتب، وإن أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لذلك، فإن قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم إلى البائع لأنهم يقرون له بها فلزمهم دفعها إليه كما لو أقروا بعتق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه. وإن باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه إلى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لأنهم إنما اعترفوا بالعين لا بثمنها، وإن شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لأنه إنما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالمقرض أو المسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه إذا كان بصفة حقه، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان. ويكون حكمهم في قبض العبد أو أخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمن للبائع، وكذلك إن أقروا بعين مما في يديه أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء، وإن أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس، فإن قلنا: لا يصح عتقه فلا أثر لإقرارهم، وإن قلنا بصحته فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسه، وإن حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه على كل حال لأنه فصل مجتهد فيه، فيلزم ما حكم به الحاكم. ولا يجوز نقضه ولا تغييره.

فصل: وإن صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأبير وكذبه الغرماء لم يقبل إقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل إقراره كما لو أقر بالنخيل، وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائع رجع قبل التأبير، ولأن هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لأن اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقاً، ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لأن الأيمان لا تدخلها النيابة، وفي مسألتنا الأصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه. فأشبه سائر أعيان ماله، ويحلفون على نفي العلم لأنه يمين على نفي الدين عن الميت، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقول قولهم وعليهم اليمين: أنهم لا يعلمون ذلك. وكذلك لو أقر بغريم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه. فعليهم

اليمين أيضاً، ويكون على نفي العلم لذلك، وإن أقر أنه أعتق عبده انبنى ذلك على صحة عتق المفلس. فإن قلنا: يصح عتقه صح إقراره وعتق لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ولأن الإقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعتقه في الحال، وإن قلنا لا يصح عتقه لم يقبل إقراره، وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك. وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم. فإن حلفوا أخذوا، وإن نكلوا قضى للمدعي بما ادعاه، إلا أن نقول برد اليمين فترد على المدعي، فيحلف ويستحق. وإن حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه. وحكم الناكل ما ذكرناه.

فصل: وإن أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالاً وأنكر الغرماء. فإن قلنا لا يقبل إقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه. وإن قلنا يقبل إقراره لم يقبل في كسبه، وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لأن إقراره إنما قبل في العتق دون غيره لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه. ولأننا نزلنا إقراره منزلة إعتاقه في الحال فلا تثبت له الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيده، كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده.

فصل: فإن كان المبيع أرضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع في الأرض نظرت فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لأنه وجد متاعه بعينه. قال أصحابنا، ويستحق الرجوع قبل القلع، وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يستحقه حتى يوجد القلع. لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري. فأشبه ما لو كانت مسامير في باب المشتري فإن قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الأرض من الحفر وأرش نقص الأرض الحاصل به. لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيله دار إنسان وكبر فأراد صاحبه إخراجه فلم يمكن إلا بهدم بابها. فإن الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص، بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فإنه لا يرجع في النقص لأن النقص كان في ملك المفلس وهنا حدث بعد رجوعه في العين. فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء.

وإن قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أرش النقص. لأنهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فأما إن امتنع المفلس والغرماء من القلع فلهم ذلك ولا يجبرون عليه. لأنه غرس بحق. ومفهوم قوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» أنه إذا لم يكن ظالماً فله حق. فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له الكل أو قال أنا أقلع وأضمن ما نقص. فإن قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك، لأن البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق، فكان له أخذه بقيمته أو قلعه

وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس وبناء للمشتري . والمعير إذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير. وإن قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم تكن له ذلك لأن بناء المفلس وغرسه في ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الأرض فأما إن امتنع البائع من بذل ذلك سقط حق الرجوع . وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقال القاضي يحتمل أن له الرجوع ، وهو القول الثاني للشافعي . لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه التبع فلم يمنعه ذلك الرجوع كالثوب إذا صبغه المشتري .

ولنا: إنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب . ولأن في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر. ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة ، بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشيء . وأما الثوب إذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع فهو كمسألتنا . وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين .

أحدهما: أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فإنه أعيان متميزة وأصل في نفسه .

والثاني: أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض فإذا قلنا لا يرجع فلا كلام وإن قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعهما بيعاً لهما وأخذ كل واحد بقدر حقه وإن امتنع أحدهما من البيع احتمل أن يجبر عليه ، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري . فإن الثوب يباع لهما كذا ههنا. ويحتمل أن لا يجبر. لأنه أمكن طالب البيع أن يبيع ملكه مفرداً بخلاف الثوب المصبوغ فإن بيعا لهما قسما الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض غير ذات شجر ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء . وإن قلنا لا يجبر الممتنع على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع فاتفقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ، ولهم دخول الأرض لسقي الشجر وأخذ الثمرة ، وليس لهم دخولها للتفرج ولغير حاجة . وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لأن الأرض له وملكه ، وإن باعوا الشجر والبناء لإنسان فحكمه في ذلك حكمهم . ولو بذل المفلس والغرماء أو المشتري منهم قيمة الأرض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك: لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف ما فيها من الغرس والبناء .

فصل: إذا اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الغراس فله الرجوع فيه لأنه أدرك متاعه بعينه ، وإذا أخذه فعليه تسوية الأرض وأرش نقصها الحاصل بقلعه لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره . وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها. لأنه اختار أخذ ماله وتفريغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه

كالمشتري إذا غرس في الأرض المشفوعة. وإن امتنع من القلع فبذلوا لـه القيمة ليملكـه المفلس أو أرادوا قلعـه وضمان النقص فلهم ذلـك، وكذلـك إذا أرادوا قلعه من غـير ضمان النقص لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليـه إبقاؤه في أرضـه، وقيل ليس لهم قلعـه من غير ضـمان النقص. لأنه غرس بحق. فأشبه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعهـا إذا رجع بـائعها فيهـا. والفرق بينهما ظاهر. فإن إبقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليـه بفعله وفي التي قبلها إبقاؤه حق له فوجب لـه بغراسـه في ملكه فـإن اختار بعضهم القلع وبعضهم التبقيـة قدم قـول من طلب القلع، سواء كـان المفلس أو الغرمـاء أو بعض الغرمـاء. لأن الإبقاء ضرر غـير واجب فلم يلزم الممتنع منه الإجـابة إليـه. وإن زاد الغراس في الأرض فهي زيـادة متصلة تمنع الرجوع على قول الخرقي ولا تمنعه على رواية الميموني.

فصـل: وإن اشترى أرضـاً من رجل وغـراساً من آخـر فغـرسـه فيهـا ثم أفلس ولم يـزد الشجر، فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضـمان نقصه بالقلع على ما ذكرنا. لأن البائع إنما باعه مقلوعاً فلا يستحقه إلا كـذلك، وإن أراد بـائعه قلعـه من الأرض فقلعه. فعليـه تسويـة الحفر وضـمان نقصها الحـاصل بـه لما تقـدم، وإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبهـا لتملكه لم يجـبر على ذلـك، لأن الأرض أصل فـلا يجبر على بيعها تبعاً، وإن بذل صاحب الأرض قيمة للغراس ليملكه إذا امتنـع من القلع، فله ذلك لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق. فأشبه غرس المفلس في أرض البائع، ويحتمل أن لا يملك ذلك، لأنه لا يجبر على إبقائه إذا امتنع من دفع قيمته، أو أرش نقصه. فلا يكون لـه أن يتملكه بالقيمة، بخلاف التي قبلها. والأولى أولى. وهذا ينتقض بغرس الغاصب.

فصـل: الشرط الثالث: أن لا يكـون البائـع قبض من ثمنها شيئـاً، فإن كـان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع وبهذا قال إسحاق والشـافعي في القديـم، وقـال في الجديـد: له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن، لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد. فجاز أن يرجـع به بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح. وقال مالك: هو مخير، إن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع.

ولنا: ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قد قبض من ثمنها شيئاً، فهي له. وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً، فهو أسوة الغـرماء» رواه أبـو داود وابن ماجـة والدارقـطني. ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضاً للصفقة على المشتري وإضراراً به، وليس ذلك للبائع، فإن قيل: لا ضرر عليه في ذلك لأن ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر.

قلنا: لا يندفع الضرر بالبيع، فإن قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقصاً فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة، ولأنه سبب يفسخ به البيع فلم يجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى. فإن قيل: حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ مرسلاً، ولا حجة في المراسيل.

قلنا: قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة، كذلك ذكره ابن عبد البر، وأخرجه أبو داود وابن ماجة والدارقطني في سننهم متصلاً، فلا يضر إرسال من أرسله، فإن راوي المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها، وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله.

فصل: الشرط الرابع: أن لا يكون تعلق بها حق الغير. فإن رهنها المشتري ثم أفلس أو وهبها، لم يملك البائع الرجوع. كما لو باعها أو أعتقها، ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر ولأن النبي ﷺ قال: «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» وهذا لم يجده عند المفلس. ولا نعلم في هذا خلافاً، فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتهن والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه، وإن بيع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضاً، ولا يرجع به البائع. قال القاضي: له الرجوع به. وهو مذهب الشافعي لأنه عين ماله لم يتعلق به حق غيره.

ولنا: أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه، كما لو كان الدين مستغرقاً له، وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب، لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع، فكذلك ذهاب بعضه بالبيع، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا. وإن كان المبيع عينين فرهن إحداهما، فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين. وإن فك الرهن قبل فلس المشتري أو أبرأ من دينه، فللبائع الرجوع لأنه أدرك متاعه بعينه عند المشتري، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضاً كذلك.

فصل: وإن كان عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته، ففيه وجهان:

أحدهما: ليس للبائع الرجوع. لأن تعلق الرهن به يمنع الرجوع. وأرش الجناية يقدم على حق المرتهن، فأولى أن لا يرجع. ذكره أبو الخطاب.

والثاني: لا يمنع الرجوع فيه. لأنه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه، فلم يمنع الرجوع كالدين في ذمته. وفارق الرهن، فإنه يمنع تصرف المشتري فيه، فإن قلنا: لا يرجع فحكمه

حكم الرهن، وإن قلنا: له الرجوع فهو مخير إن شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية، وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء، وإن أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه. لأنه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به.

فصل: وإن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه ببيع، أو هبة أو وقف أو عتق أو غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لأنه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاعه بخيار له أو عيب في ثمنه، أو رجوعه في هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا. وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم. فإن أفلس بعد رجوع ذلك إلى ملكه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: له الرجوع للخبر، ولأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره. أشبه ما لو لم يبعه.

والثاني: لا يرجع. لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا هذين الوجهين. ولأصحاب الشافعي مثل ذلك.

والثالث: إن عاد إليه بسبب جديد، كبيع أو هبة أو إرث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع، لأنه لم يصر إليه من جهته، وإن عاد إليه بفسخ كالإقالة والرد بعيب أو خيار ونحو ذلك. فللبائع الرجوع لأن هذا الملك استند إلى السبب الأول، فإن فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وإنما أزال السبب المزيل لملك البائع فثبت الملك بالسبب الأول، فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعه.

فصل: وإن كان المبيع شقصاً مشفوعاً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: البائع أحق به. هذا قول ابن حامد للخبر، ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فزال الضرر عن الشفيع، لأنه عاد كما كان قبل البيع، ولم تتجدد شركة غيره.

والثاني: أن الشفيع أحق. ذكره أبو الخطاب، لأن حقه أسبق فكان أولى. بيانه: أن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع، ولأنه حقه آكد لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وممن نقله إليه وحق البائع إنما يتعلق بالعين، ما دامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده إلى البائع، بدليل ما لو باعه المشتري لبائعه أو وهبه إياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع، ولأن البائع إنما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير، وهذه قد تعلق بها حق الشفيع.

الوجه الثالث: أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة، فهو أحق لأن حقه تأكد هنا بالمطالبة، وإن كان لم يطالب بها فالبائع أولى. ولأصحاب الشافعي وجهان كالأولين، ولهم وجه ثالث: أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيختص به البائع جمعاً بين الحقين، فإن غرض الشفيع في

عين الشقص المشفوع، وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جيداً لأن حق البائع إنما ثبت في العين، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه.

فصل: وإن كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك الصيد فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد، وإن كان البائع حلالاً في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع الرجوع فيه، لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه. وهذا ليس من صيده فلا يحرم، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بائعه حلال، فله أخذه لأن المانع غير موجود في حقه.

فصل: وإذا أفلس وفي يده عين مال دين بائعها مؤجل وقلنا: لا يحل الدين بالفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثواب: يكون ماله موقوفاً إلى أن يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لأنها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللأول الخبر ولأن حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وإن كان مؤجلاً كالمرتهن والمجني عليه.

فصل: قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيئة ونظر إليه وقلبه وقال اقبضه غداً فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء في الثمن وإن كان رخيصاً وكذلك قال الثوري وإسحاق: لأن الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه.

الشرط الخامس: أن يكون المفلس حياً ويأتي شرح ذلك في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

فصل: ورجوع البائع في المبيع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه صح رجوعه. وإن رجع في العبد بعد إباقه أو الجمل بعد شروده أو الفرس العائر[1] صح وصار ذلك له. فإن قدر عليه أخذه وإن ذهب كان من ماله، وإن تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه لم يصح استرجاعه. وكان له أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله. وإن رجع في المبيع واشتبه بغيره فقال البائع: هذا هو المبيع وقال المفلس: بل هذا فالقول قول المفلس. لأنه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والأصل معه.

مسألة: قال: (ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا).

---

(١) العائر: أي الذاهب الذي انفلت من صاحبه.

وجملة ذلك: أن المفلس في الدعوى كغيره فإذا ادعى حقاً لـه به شـاهد عـدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء. وإن امتنع لم يجبر لأننا لا نعلم صـدق الشاهـد، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا يجبر على الحلف على مـا لا يعلم صدقـه كغيره، فإن قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك، وبهذا قال الشافعي في الجديـد وقال في القديم يحلفون معه لأن حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثـة يحلفون عـلى مال موروثهم.

ولنا: إنهم يثبتون ملكـاً لغيرهم لتعلق حقـوقهم به بعـد ثبوتـه فلم يجز لهم ذلـك كالمـرأة تحلف لإثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم. وفارق ما بعد المـوت فإن المال انتقل إليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لأنفسهم.

مسألة: قال: (وإذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك في الدين الذي على الميت إذا وثق الورثة).

وجملته: أن الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة. قـاله القـاضي. وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى: أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعي. كـالمذهبـين واحتجوا بـأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت.

ولنا: إن الأجل حق للمفلس فـلا يسقط بفلسه كسـائر حقـوقه، ولأنـه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والإغـماء ولأنه دين مؤجـل على حي فلم يحـل قبل أجله كغير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمسـألتنا، وإن سلمنـا فالفـرق بينهما أن ذمتـه خربت وبطلت بخلاف المفلس، إذا ثبت هذا: فإنه إذا حجـر على المفلس فقـال أصحابنـا: لا يشارك أصحاب الـديون المؤجلة غـرماء الـديون الحـالة بـل يقسم المال المـوجود بـين أصحاب الديون الحالة ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله، فـإن لم يقتسم الغرمـاء حتى حل الـدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته، وإن أدرك بعض المال قبـل قسمه شـاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم وإن قلنـا: إن الدين يحـل فإنـه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من أرباب الديون الحالة، فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة فهـل تحل بالموت فيه روايتان:

إحداهما: لا تحل إذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبدالله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، وقال طاوس وأبو بكـر بن محمد والـزهري وسعيـد بن إبراهيم الـدين إلى أجله، وحكي ذلك عن الحسن.

والرواية الأخرى: أنه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها. ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضي صاحب الدين بذممهم وهي مختلفة متباينة ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه. أما الميت فلأن النبي ﷺ قال: «الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه» وأما صاحبه فيتأخر حقه وقد تتلف العين فيسقط حقه، وأما الورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا ينصرفون فيها. وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم:

ولنا: ما ذكرنا في المفلس، ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة وقد قال النبي ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فلورثته» وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف في فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه. فإن أحب الورثة أداء الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فإنهم قد لا يكونوا أملياء[1] ولم يرض بهم الغريم فيؤدي إلى فوات الحق. وذكر القاضي: أن الحق ينتقل إلى ذمم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ولا ينبغي أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاء، وإن قلنا: إن الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلهم ذلك، وإن قضوا منها فلهم ذلك، وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال، وقلنا: المؤجل يحل بالموت تساووا في التركة فاقتسموها على قدر ديونهم، وإن قلنا لا يحل بالموت نظرنا فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وإن امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية.

فصل: حكي بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة؟ روايتين:

إحداهما: لا يمنعه للخبر. ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء

---

(١) أملياء: جمع مليء وهو الغني القادر على سداد الدين.

الدين فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الـذي وجبت فيه الزكاة.

والرواية الثانية: يمنع نقل التركة إليهم لقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُـوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] فجعل التركة للوارث من بعد الدين والـوصية فـلا يثبت لهم الملك قبلهما. فعلى هذا: لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لأنهم تصرفوا في غير ملكهم إلا أن يأذن الغرمـاء لهم وإن تصرف الغرماء لم يصح إلا بإذن الورثة.

مسألة: قال: (وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن يقفه الحاكم فجائز).

يعني: قبل أن يحجر عليه الحاكم فنبـدأ بذكـر سبب الحجر فنقـول: إذا رفع إلى الحـاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبهم حتى تثبت ديـونهم باعـترافه أو ببينـة، فإذا ثبتت نظر في ماله فإن كان وافياً بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فـإن أبى حبسه فـإن لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه، وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة لم يحجر عليه لأنه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها، وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالاً وماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلـك وقال بعض أصحاب الشافعي: إن ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بإزاء دينـه ولا نفقة لـه إلا من ماله ففيه وجهان:

أحدهما: يحجر عليه. لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كـان مالـه ناقصـاً. ولنا: إن ماله واف بما يلزمه أداؤه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلس؛ ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز مالـه عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنـه لا ولاية له في ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فـاعتبر رضـاهم به. وإن اختلفـوا فطلب بعضهم دون بعض أجيب من طلب لأنه حق له وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس للحـاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل مجتهـد فيه، وليس لـه التصرف في ماله لأنه لا ولاية عليه إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه فـإن امتنع لم يبعـه وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وإنما يحبسـه ليبيع بنفسـه إلا أن يكون عليـه أحد النقدين وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنـانير والـدنانـير عن الدراهم. لأنـه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه كالذي لا دين عليـه وخالفـه صاحبـاه في ذلك.

ولنا: ما روى كعب بن مـالك «أن النبي ﷺ حجـر على معـاذ وباع مـاله في دينـه» رواه الخـلال بإسنـاده. وروي عن عمر بن الخـطاب رضي الله عنه أنـه خطب النـاس وقال: ألا إن

أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غداً فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه» ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولأنه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأثمان. وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير. إذا ثبت هذا: عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول: ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو إقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره، ولأن سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولأنه من أهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبه المليء وإن أكرى جملاً بعينه أو داراً لم تنفسخ إجارته بالفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته.

فصل: ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فإن تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالاً له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا قال مالك والشافعي في قول، وقال في آخر يقف تصرفه فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ وإلا بطل.

ولنا: إنه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه. ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالمرهونة. فأما إن تصرف في ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه. لأنه أهل للتصرف وإنما وجد في حقه الحجر والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لأنهم رضوا بذلك إذا علموا أنه مفلس وعاملوه ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فإن هذا في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه، وإن أقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه نص عليه أحمد وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول، وقال في الآخر يشاركهم واختاره ابن المنذر. لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت ببينة.

ولنا: إنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه كالسفيه أو كالراهن يقر على الرهن. ولأنه إقرار يبطل ثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن، ولأنه متهم في إقراره فهو كالإقرار على غيره، وفارق البينة فإنه لا تهمة في حقها، ولو كان المفلس صانعاً كالقصار[1] والحائك في يديه متاع فأقر به لأربابه لم يقبل إقراره والقول فيها كالتي قبلها وتباع العين التي في يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها لأنها صرفت في دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك، وإن توجهت على المفلس يمين فنكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم إقراره يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء.

---

(١) القصار: الذي يصبغ الثياب. والحائك: الخياط.

فصل: وإن أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح؟ على روايتين:

إحداهما: يصح وينفذ وهو قول أبي يوسف وإسحاق لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويفارق سائر التصرفات لأن للعتق تغليباً وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير ويسري واقفه بخلاف غيره.

والرواية الأخرى: لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رؤوس المسائل لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق دينه ماله، ولأن المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالسفيه وفارق المطلق وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه إلا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح إن شاء الله تعالى.

فصل: ويستحب إظهار الحجر عليه لتجتنب معاملته كيلا يستضر الناس بضياع أموالهم عليه والإشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان.

فصل: وإن ثبت عليه حق ببينة شارك صاحبه الغرماء لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه فأشبه ما لو قامت البينة به قبل الحجر ولو جنى المفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالاً شارك المجني عليه الغرماء لأن حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ولو كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال شارك الغرماء لأن سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو أوجبت المال، فإن قيل: ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلس؟ قلنا: لأن الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا.

فصل: ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء بقسطه وبهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن مالك وحكي عنه لا يحاصهم لأنه نقض لحكم الحاكم، ولنا إنه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله. وليس قسم الحاكم ماله حكماً إنما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبه ما لو قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر شريك آخر أو قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواه أو وصية ثم ظهر موصى له آخر.

فصل: ولو أفلس وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة وسقط من الأجرة بقدر ذلك، ثم إن وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وإن لم

يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك، بعد قسم ماله رجع على الغرماء بحصته. لأنه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركهم إذا وجب قبل القسمة. ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيباً فردها به أو ردها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها. لأن البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء.

مسألة: قال: (وينفق على المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه).

وجملة ذلك: أنه إذا حجر على المفلس وكان ذا كسب بقي بنفقته ونفقة من تلزمه نفقته فنفقته في كسبه فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناء بكسبه فلم يجز أخذ ماله كالزيادة على النفقة، وإن كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله وإن لم يكن ذا كسب أنفق عليه من ماله مدة الحجر، وإن طالت لأن ملكه باق وقد قال النبي ﷺ: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ومعلوم أن فيمن يعوله من تجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه وهي الزوجة فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ولأن الحي آكد حرمة من الميت لأنه مضمون بالإتلاف وتقديم تجهيز الميت ومؤنة دفنه على دينه متفق عليه. فنفقته أولى. وتقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم ممن تجب نفقتهم لأنهم يجرون مجرى نفسه لأن ذوي رحمه منهم يعتقون إذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك زوجته تقدم نفقتها لأن نفقتها آكد من نفقة الأقارب لأنها تجب من طريق المعاوضة وفيها معنى الاحياء كما في الأقارب، وممن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم وتجب كسوتهم أيضاً. لأن ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسى مثله إن كان من جنس الطعام أو متوسطه وكذلك كسوته من جنس ما يكتسيه مثله وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يقترض على مثله، وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه إما عمامة أو قلنسوة أو غيرهما مما جرت به عادته ولرجله حذاء إن كان يعتاده وإن احتاج إلى جبة أو فروة لدفع البرد دفع إليه ذلك وإن كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشترى له كسوة مثلها ورد الفضل على الغرماء فإن كانت إذا بيعت واشترى له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فإنه لا فائدة في بيعها.

فصل: وإن مات المفلس كفن من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره وكذلك يجب كفن من يمونه لأنهم بمنزلته ولا يلزم تكفين الزوجة. لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة، ويفارق

الأقارب لأن قرابتهم باقية، وإن مات من عبيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لأن نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ولذلك تجب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم. ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ثلاثة، ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد يستره، لأن ذلك يكفيه فلا حاجة إلى الزيادة وفارق حالة الحياة لأنه لا بد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت، ويمتد الإنفاق على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك، ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا.

مسألة: قال: (ولا تباع داره التي لا غنى عن سكناها).

وجملته: أن المفلس إذا حجر عليه باع الحاكم ماله ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة:

أحدهما: ليحصي ثمنه ويضبطه. الثاني: أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديئه فإذا حضر تكلم عليه وعرف العين من غيره. الثالث: أن تكثر الرغبة فيه فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشتري. الرابع: أن ذلك أطيب لنفسه وأسكن لقلبه، ويستحب إحضار الغرماء أيضاً لأمور أربعة. أحدها: أنه يباع لهم. الثاني: أنهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس. الثالث: أنه أطيب لقلوبهم وأبعد من التهمة. الرابع: أنه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فيأخذها فإن لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز. لأن ذلك موكول إليه ومفوض إلى اجتهاده وربما أداه اجتهاده إلى خلاف ذلك وبانت له المصلحة في المبادرة إلى البيع قبل إحضارهم، ويأمرهم الحاكم أن يقيموا منادياً ينادي لهم على المتاع فإن تراضوا برجل ثقة امضاء الحاكم وإن اتفقوا على غير ثقة رده، فإن قيل فلم يرده وأصحاب الحق قد اتفقوا عليه فأشبه ما لو اتفق الراهن والمرتهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض؟

قلنا: لأن للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً فإنه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فإنه لا نظر للحاكم فيه، فإن اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر أقر الحاكم الثقة منهما فإن كانا ثقتين قدم المتطوع منهما لأنه أوفر. فإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر وإن كانا بجعل قدم أعرفهما وأوثقهما فإن تساويا قدم من يرى منهما، فإن وجد متطوعاً بالنداء وإلا دفعت الأجرة من مال المفلس، لأن البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه. وقيل: يدفع من بيت المال لأنه من المصالح وكذلك الحكم في أجر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحمالين ونحوهم. ويستحب بيع كل شيء في سوقه البز في البزازين، والكتب في سوقها ونحو ذلك لأنه أحوط وأكثر لطلابه ومعرفة قيمته فإن باع في غير سوقه بثمن مثله جاز لأن الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى أن ذلك أصلح ولذلك لو قال بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز ويبيع بنقد البلد لأنه أوفر، فإن كان في البلد نقود باع بغالبها،

فإن تساوت باع بجنس الدين، وإن زاد في السلعة زائد في مدة الخيار ألزم الأمين الفسخ لأنه أمكنه بيعه بثمن فلم يجز بيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد. وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الإقالة واستحب للمشتري الإجابة إلى ذلك لتعليقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه فيبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع إلى المجني عليه أقل الأمرين من ثمنه أو أرش جنايته، وما فضل منه رده إلى الغرماء، ثم يبيع الرهن فيدفع إلى المرتهن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده إلى الغرماء وإن بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء، ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد من الطعام الرطب لأن بقاءه يتلفه بيقين، ثم يبيع الحيوان لأنه معرض للتلف ويحتاج إلى مؤنة في بقائه ثم يبيع السلع والأثاث لأنه يخاف عليه وتناله الأيدي ثم العقار آخراً لأنه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخيره وإن كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر وإن لم يمكن قسمته أودع عند ثقة إلى أن يجتمع ويمكن قسمته فيقسم وإن احتاج في حفظه إلى غرامة دفع ذلك إلى من يحفظه إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول: لا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق. وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها واختاره ابن المنذر لأن النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه: «خذوا ما وجدتم» وهذا مما وجدوه ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله.

ولنا: إن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كثيابه وقوته والحديث قضية في عين ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم. ويحتمل أن النبي ﷺ قال: «خذوا ما وجدتم» مما تصدق به عليه. فإن المذكور قبل ذلك كذلك روي أن النبي ﷺ قال: «تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي ﷺ: خذوا ما وجدتم» أي مما تصدق به عليه. والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع. وقياسهم منتقض بذلك أيضاً وبأجر المسكن، وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسألتنا.

فصل: وإن كان له داران يستغني بسكنى إحداهما بيعت الأخرى لأن به غنى عن سكناها وإن كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله بيع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلهم أخذها بالشرائط التي ذكرناها لقول النبي ﷺ «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به» ولأن حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ، فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار.

ولأن منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل بـأن يجيء من لا مال لـه فيشتري في ذمتـه ثياباً يلبسها وداراً يسكنها وخادماً يخدمه وفرساً يـركبها وطعـاماً لـه ولعائلتـه ويمتنع عـلى أربابهـا أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها. فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شيء منه لأنه أعيان أموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً.

فصل: ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر عـلى أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لإنسان أو يكتسب من المباحـات ما يكفيـه لم يترك لـه من ماله شيء وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر مـا يكفيه. قـال الإمام أحمـد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود: ويترك له قوت يتقوت به وإن كان له عيال ترك له قوام. وقال في رواية الميموني: يترك له قـدر ما يقـوم به معـاشه ويبـاع الباقي، وهـذا في حق الشيخ الكبـير وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بـأبدانهم، وينبغي أن يجعـل ذلك ممـا لا يتعلق به حق بعضهم بعينه، لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره.

فصل: وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين أو بيـع شيء من مالـه وأودع ثمنه فتلف عند المودع. فهو من ضمان المفلس. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: العروض من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء. وقال المغيرة الدنانير من مال أصحاب الدنانـير. والدراهم من مال أصحاب الدراهم.

ولنا: إنه من مال المفلس، ونماؤه له فكان تلفه في ماله كالعروض.

فصل: وإذا اجتمع مـال المفلس قسم بين غـرمائـه فإن كـانت ديونهم من جنس الأثـمان أخذوها. وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كـالقرض بغـير الأثمان فـرضي أن يأخـذ عوض حقه من الأثمان جاز وإن امتنـع وطلب جنس حقه ابتيـع له بحصتـه من جنس دينه ولـو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع وقـال المفلس لا أوفيك إلا من جنس دينـك قدم قـوله لأن هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه، وإن كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ إلا من جنس حقه وإن تراضيا على دفع عوضه لأن ما في الذمة من السلم لا يجوز أخذ البدل عنه لقوله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره».

فصل: وإذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقيـة وله صنعـة فهل يجـبره الحاكم عـلى إيجار نفسه ليقضي دينه؟ على روايتين:

إحداهما: لا يجبره وهو قـول مالـك والشافعي. لقـول الله تعالى: ﴿وَإِن كَـانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقـرة: ٢٨٠] ولما روى أبـو سعيد: «أن رجـلاً أصيب في ثمار ابتـاعها وكـثر دينه. فقال النبي ﷺ: تصـدقوا عليـه. فتصدقـوا عليه فلم يبلغ وفـاء دينه. فقـال النبي ﷺ:

«خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم. ولأن هذا تكسب للمال، فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر.

والثانية: يجبر على الكسب. وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار العنبري، وإسحاق لأن النبي ﷺ «باع سرقاً في دينه، وكان سرق رجلاً دخل المدينة. وذكر أن وراءه مالاً فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسماه سرقاً وباعه بخمسة أبعرة» والحر لا يباع. ثبت أنه باع منافعه ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها، ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها. ولأنها إجارة لما يملك إجارته فيجبر عليها في وفاء دينه. كإجارة أم ولده ولأنه قادر على وفاء دينه فلزمه. كمالك ما يقدر على الوفاء منه، فإن قيل: حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لا يباع والبيع وقع على رقبته بدليل أن في الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه: ما تصنع به؟ قال أعتقه. قالوا: لسنا بأزهد منك في إعتاقه فأعتقوه. قلنا: هذا إثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا، وحمل لفظ بيعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فإن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه سائغ كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله تعالى: ﴿**واشربوا في قلوبهم العجل**﴾ ﴿**ولكن البر من آمن بالله**﴾ ﴿**واسأل القرية**﴾ وغير ذلك. وكذلك قوله أعتقه، أي من حقي عليه وكذلك قال: فاعتقوه، يعني الغرماء وهم لا يملكون إلا الدين الذي عليه. وأما قوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ**﴾ [البقرة: ٢٨٠] فيتوجه منع كونه داخلاً تحت عمومها. فإن هذا في حكم الأغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها إلا في مثلها، ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منة ومعرة تأباها قلوب ذوي المروءات بخلاف مسألتنا.

إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب إلا من في كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره.

فصل: ولا يجبر على قبول هدية، ولا صدقة، ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على التزوج ليأخذ مهرها لأن في ذلك ضرراً للحوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقه عليها، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله، ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والإمضاء لأن الفلس يمنعه من إحداث عقد أما من إمضائه وتنفيذ عقوده فلا، وإن جنى على المفلس جناية توجب المال ثبت المال، وتعلقت حقوق الغرماء به، ولا يصح منه العفو عنه. وإن كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو. ولا يجبر على العفو على مال. لأن ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته

القصاص وإن قلنا: أحد أمرين ثبتت له الدية. وتعلقت بها حقوق الغرماء، وإن عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً فإن قلنا: القصاص عيناً لم يثبت شيء. وإن قلنا: أحد الأمرين. تثبت الدية ولم يصح إسقاطه. لأن عفوه عن القصاص يثبت له الدية. ولا يصح إسقاطها، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب. لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه، لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب. فلزمه قبوله كالثمن في البيع. وليس له إسقاط شير من ثمن مبيع أو أجرة في إجارة ولا قبضه رديئاً ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا بإذن غرمائه. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا.

فصل: إذا فرق مال المفلس فهل ينفك عنه الحجر بذلك. أو يحتاج إلى فك الحجر عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لأجله. فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر، فزال الحجر كزوال حجر المجنون. لزوال جنونه.

والثاني: لا يزول إلا بحكم الحاكم. لأنه ثبت بحكمه. فلا يزول إلا بحكمه كالمحجور عليه لسفه. وفارق الجنون. فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله. ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث. فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون.

فصل: ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته وملازمته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه وإلا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان».

ولنا: إن من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلاً وقول الله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ومن وجب إنظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم والترمذي. وإن فك الحجر عنه لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته حتى يملك مالاً فإن جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالاً لم يلتفت إلى قولهم حتى يثبتوا سببه فإن جاؤوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالاً أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر وبينوا سببه أحضره الحاكم وسأله. فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء. وإن أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضار به وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فإن صدقه فهو له يستحلفه الحاكم. لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس، وإن قال ما هو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي فيعاد الحجر عليه إن طلب الغرماء ذلك. وإن

أقر لغائب أقر في يديـه حتى يحضر الغائب ثم يسـأل كما حكمنـا في الحاضر، ومتى أعيـد الحجر عليـه لديـون تجددت عليـه شارك غـرماء الحجـر الأول غرمـاء الحجـر الثـاني، إلا أن الأولـين يضربـون ببقية ديـونهم والآخرين يضربـون بجميعها. وبهـذا قال الشـافعي، وقال مـالك: لا يدخل غرماء الحجر الأول على هؤلاء الـذين تجددت حقـوقهم حتى يستوفـوا، إلا أن تكون لـه فائدة من ميراث أو يجني عليه جناية فيتحاص الغرماء فيه.

ولنـا: إنهم تساووا في ثبـوت حقـوقهم في ذمتـه فتسـاووا في الاستحقـاق كـالـذين تثبت حقوقهم في حجر واحد وكتساويهم في المـيراث وأرش الجنايـة ولأن مكسـبه مـال له فتسـاووا فيه كالميراث.

مسألة: قـال: (ومن وجب عليه حق فـذكر أنـه معسر به حبس إلى أن يـأتي ببينة تشهـد بعسـرته).

وجملته: أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده نظر الحاكم فإن كان في يده مـال ظاهر أمره بالقضاء فإن ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هـذا وإن لم يجد لـه مالاً ظاهـراً فادعى الإعسـار فصدقـه غريمـه لم يحبس ووجب إنظاره ولم تجز ملازمتـه لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولقـول النبي ﷺ لغرمـاء الذي كـثر دينه «خـذوا ما وجـدتم وليس لكم إلا ذلك» ولأن الحبس إمـا أن يكون لإثبـات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس، وإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف، فإن عـرف له مـال لكون الـدين ثبت عن معاوضـة كالقـرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا. فالقـول قول غـريمه مـع يمينه. فـإذا حلف أنه ذو مـال حبس حتى تشهـد البينة بـإعسـاره. قـال ابن المنـذر: أكـثر من نحفظ عنـه من علماء الأمصـار وقضاتهم يرون الحبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيـد الله بن الحسن، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقـول: يقسم مالـه بين الغـرماء ولا يحبس، وبـه قال عبـدالله بن جعفر والليث بن سعـد، ولنا إن الـظاهر قـول الغريم فكـان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت البينة بتلف مـاله قبلت شهـادتهم سواء كـانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم. وإن طلب الغـريم إحلافـه على ذلك لم يجب إليه لأن ذلك تكذيب للبينة وإن شهدت مع ذلـك بالإعسـار اكتفى بشهادتها وثبتت عسرته وإن لم تشهد بعسرته وإنما شهـدت بالتلف لا غـير وطلب الغريم يمينـه على عسره وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لأنـه غير مـا شهدت بـه البينة، وإن لم تشهـد بالتلف وإنما شهدت بـالإعسار لم تقبـل الشهادة إلا من ذي خـبرة باطنـة ومعرفـة متقادمـة لأن هذا من الأمور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي، وحكي

عن مالك أنه قال: لا تسمع البينة على الإعسار لأنها شهادة على النفي فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه.

ولنا: ما روى قبيصة بن المخارق أن النبي ﷺ قال له: «يا قبيصة إن المسألةَ لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت المسألة حتى يصيبها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ـ أو قال سداداً من عيش ـ ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصابت فلاناً فاقة فحلتْ له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال: سداداً من عيش» رواه مسلم وأبو داود. وقولهم: إن الشهادة على النفي لا تقبل قلنا: لا ترد مطلقاً فإنه لو شهدت البينة أن هذا وارث الميت لا وارث له سواه قبلت ولأن هذه وإن كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له فإن هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها إلى معرفته به بخلاف مسألتنا. وتسمع البينة في الحال، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال ويحبس شهراً، وروي ثلاثة أشهر وروي أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره. ولنا إن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات، وما ذكروه لو كان صحيحاً لأغنى عن البينة. فإن قال الغريم: احلفوه لي مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام أحمد. لأنه قال في رواية إسحاق بن إبراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفُوه لا يستحلف لأن ظاهر الحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» قال القاضي: سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالإعسار وهذا أحد قولي الشافعي لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره ويحتمل أن يستحلف، وهذا القول الثاني للشافعي لأنه يحتمل أن له مالاً خفي على البينة ويصح عندي إلزامه اليمين على الإعسار فيما إذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما إذا شهدت بالإعسار لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى أن له مالاً سواه أو أنه استحدث مالاً بعد تلفه ولو لم تقم البينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن له مالاً سواه لزمته اليمين، فكذلك إذا قامت به البينة فإنها لا تزيد على الإقرار، وإن كان الحق يثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كأرش جناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كان امرأة وإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ولم يحبس وهذا قول الشافعي وابن المنذر فإن شهدت البينة بإعساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم، وإن شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه. وكذلك لو أقر له به غريمه وإنما اكتفينا بيمينه لأنَّ الأصل عدم المال: لما روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء: «لا تيئسا من الرزق ما اهتزت رؤوسكما فإن ابن ادم يخلق وليس

له إلا قشرتاه[1] ثم يرزقه الله تعالى» قال ابن المنذر: الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنباً يعاقب به والأصل عدم ماله، بخلاف المسألة الأولى. فإن الأصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه. والخرقي لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق.

فصل: إذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والإغلاظ له بالقول. فيقول يا ظالم يا معتدي ونحو ذلك. لقول رسول الله ﷺ: «لي[2] الواجد يحل عقوبته وعرضه» فعقوبته حبسه وعرضه أي يحل القول في عرضه بالإغلاظ. وقال النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم» وقال: «إن لصاحب الحق مقالاً».

مسألة: قال: (وإذا مات فتبين أنه كان مفلساً لم يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله).

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون حياً فإن مات فالبائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه. وبهذا قال مالك وإسحاق. وقال الشافعي: له الفسخ واسترجاع العين، لما روى ابن خلدة الزرقي قاضي المدينة قال: «أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس. فقال أبو هريرة: هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» رواه أبو داود وابن ماجة واحتجوا بعموم قوله عليه السلام: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به» ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه ولأن الفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب.

ولنا: ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في حديث المفلس «فإن مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء» رواه أبو داود. وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرىء مات وعنده مال امرىء بعينه، اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض، فهو أسوة الغرماء» رواه ابن ماجة ولأنه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه المرهون. وحديثهم مجهول الإسناد. قال ابن المنذر. قال ابن عبد البر: يرويه أبو المعتمر عن الزرقي وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم. ثم هو غير معمول به إجماعاً. فإنه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه. والأمر بخلاف ذلك عند جميع

---

(١) قشرتاه: ثوباه وهما الإزار والرداء.

(٢) اللي: المماطلة في دفع الحق، الواجد: غير المعسر.

العلماء إلا ما حكي عن الإصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال: لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشتري وإن خلف وفاء وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم وخلاف للسنة لا يعرج على مثله وأما الحديث الآخر فنقول به، وإن صاحب المتاع أحق به إذا وجده عند المفلس وما وجده في مسألتنا عنده، إنما وجده عند ورثته فلا يتناوله الخبر. وإنما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ثم هو مطلق وحديثنا يقيده وفيه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة. ويفارق حالة الحياة حال الموت لأمرين.

أحدهما: أن الملك في الحياة للمفلس وههنا لغيره.

والثاني: أن ذمة المفلس خربت ههنا خراباً لا يعود فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة.

مسألة: قال: (ومن أراد سفراً وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب الحق منعه).

وجملة ذلك: أن من عليه دين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا. فإن كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر، مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلا في صفر ودينه يحل في المحرم أو ذي الحجة فله منعه من السفر. لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله. فإن أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل فله السفر. لأن الضرر يزول بذلك. وأما إن كان الدين لا يحل إلا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر نظرنا فإن كان سفره إلى الجهاد فله منعه إلا بضمين أو رهن. لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق. وإن كان السفر لغير الجهاد فظاهر كلام الخرقي أنه ليس له منعه وهو أحد الروايتين عن أحمد. لأن هذا السفر ليس بأمارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسعي إلى الجمعة. وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلاً بحال، سواء كان الدين يحل قبل محل سفره أو بعده، أو إلى الجهاد أو إلى غيره لأنه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير.

ولنا: إنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه إن لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق. ولأنه لا يملك تأخير الدين عن محله. وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملكه كجحده.

كتاب الحجر

الحجر في اللغة: المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً. قال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْراً مَّحْجُوراً﴾ [الفرقان: ٢٢] أي حراماً محرماً ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قسم لِذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥] أي عقل. سمي حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته وهو في الشريعة منع الإنسان من التصرف في ماله. والحجر على ضربين: حجر على الإنسان لحق نفسه، وحجر عليه لحق غيره. فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته، وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن. ولهؤلاء أبواب يذكرون فيها. وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة: الصبي، والمجنون، والسفيه. وهذا الباب مختص بهؤلاء الثلاثة. والحجر عليهم لأنهم حجر عام يمنعون التصرف في أموالهم وذممهم والأصل في الحجر عليهم قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾ [النساء: ٥] والآية التي بعدها قال سعيد بن جبير وعكرمة: هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه. وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنهم قوامها ومدبروها. وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ﴾ [النساء: ٦] يعني اختبروهم في حفظهم لأموالهم ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] أي مبلغ الرجال والنساء ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً﴾ [النساء: ٦] أي أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم وصلاحاً في تدبير معايشتهم.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (ومن أونس منه رشد دفع إليه ماله إذا كان قد بلغ).

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة.

أحدها: في وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلغ. وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى. قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك وقد أمر الله تعالى به في نص كتابه بقوله سبحانه: ﴿وَٱبْتَلُوا ٱلْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لما له عليه. وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه. ولا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون إذا عقل حكم حاكم بغير خلاف. ولا يعتبر ذلك في الصبي إذا رشد وبلغ. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: لا يزول إلا بحاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي. لأنه موضع اجتهاد ونظر. فإنه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد إلى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفيه.

ولنا: إن الله تعالى أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ وإيناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة تمنع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم. وهذا خلاف النص. ولأنه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون وبهذا فارق السفيه. وقد ذكر أبو الخطاب أن الحجر على السفيه يزول بزوال السفه. والأول أولى فصار الحجر منقسماً إلى ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم وهو حجر المجنون. وقسم لا يزول إلا بحاكم وهو حجر السفيه. وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي.

الفصل الثاني: أنه لا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين: البلوغ والرشد ولو صار شيخاً. وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق. وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد. وروى الجوزجاني في كتابه قال: كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله. قال ابن إسحاق: رأيته شيخاً يخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال: يا أبا محمد ادفع إلي مالي فإنه لا يولى على مثلي فقال إنك فاسد. فقال: امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر إن لم تدفع إلي مالي. فقال له القاسم بن محمد: وما يحل لنا أن ندفع إليك مالك على حالك هذه، فبعث إلى امرأته وقال هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فهت بطلاقها فأرسل إليها فأخبرها ذلك وقال: أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحبس رقيقه. قال ابن إسحاق: ما كان يعاب على رجل إلا سفهه، وقال أبو حنيفة: لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة وإن تصرف نفذ تصرفه. فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع إليه ماله لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً. ولأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد.

ولنا: قول الله تعـالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] علق الدفع على شرطين. والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما. وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] يعني أموالهم. وقول الله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فأثبت الولاية على السفيه. ولأنه مبذر لماله فلا يجوز دفعه إليه كمن له دون ذلك. وأما الآية التي احتج بها، فإنما تدل بدليل خطابها، وهو لا يقول به. ثم هي مخصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالإجماع لعلة السفه، وهو موجود بعد خمس وعشرين. فيجب أن تخص به أيضاً. كما أنها لما خصصت في حق المجنون لأجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضاً بعد خمس وعشرين، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص. وما ذكروه من كونه جداً ليس تحته معنى يقتضي الحكم. ولا له أصل يشهد له في الشرع. فهو إثبات للحكم بالتحكم. ثم هو متصور فيمن له دون هذه السن. فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة. وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها. إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ولا إقراره، وقال أبو حنيفة: يصح بيعه وإقراره، وإنما لا يسلم إليه ماله. لأن البالغ عنده لا يحجر عليه. وإنما منع تسليم ماله إليه للآية. وقال أصحابنا في إقراره: يلزمه بعد فك الحجر عنه إذا كان بالغاً.

ولنا: أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده، فلا يصح تصرفه وإقراره كالصبي والمجنون. ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله. ولم يفد منعه من ماله شيئاً. ولأن تصرفه لو كان نافذاً لسلم إليه ماله كالرشيد. فإنه إنما يمنع ماله حفظاً له فإذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل.

الفصل الثالث في البلوغ: ويحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء. وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها. أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى: فأولها خروج المني من قبله، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد. فكيفما خرج في يقظة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ. لا نعلم في ذلك اختلافاً. لقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ [النور: ٥٩] وقوله: ﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ﴾ [النور: ٥٨] وقول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم» وقوله عليه السلام لمعاذ: «خذ من كل حالم ديناراً» رواهما أبو داود. وقال ابن المنذر: وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل، وعلى المرأة بظهور الحيض منها. وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل، أو فرج المرأة، الذي استحق أخذه بالموسى. وأما الزغب الضعيف، فلا اعتبار به فإنه يثبت في حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعي في قول. وقال في الآخر: هو بلوغ في حق

المشركين، وهل هو بلوغ في حق المسلمين؟ فيه قولان. وقال أبو حنيفة: لا اعتبار به لأنه نبات شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن.

ولنا: إن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية. وقال عطية القرظي: «عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا فيّ فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي، هل أنبت بعد؟ فنظروا إليّ فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية» متفق على معناه. وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله «أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي وروى محمد بن يحيى بن حبان «أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شعره، فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت. فقال: لو أنبت الشعر لحددتك» ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالباً، ويستوي فيه الذكر والأنثى. فكان علماً على البلوغ كالاحتلام. ولأن الخارج ضربان: متصل ومنفصل. فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كان كذلك المتصل. وما كان بلوغاً في حق المشركين كان بلوغاً في حق المسلمين كالاحتلام والسن. وأما السن فإن البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد. وقال داود: لا حد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم» وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر. وهذا قول مالك. وقال أصحابه: سبع عشرة أو ثماني عشرة وروي عن أبي حنيفة في الغلام روايتان:

إحداهما: سبع عشرة.

والثانية: ثماني عشرة، والجارية سبع عشرة بكل حال. لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق، ولا توقيف في هذا ولا اتفاق.

ولنا: إن ابن عمر قال: «عرضت على رسول الله ﷺ وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال. وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني» متفق عليه. وفي لفظ: «عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت. وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني» فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله «أن لا تفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة» رواه الشافعي في مسنده ورواه الترمذي. وقال حديث حسن صحيح، وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود» ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية، فاستويا فيه كالإنزال. وما ذكره أصحاب أبي حنيفة ففيما رويناه جواب عنه. وما احتج به داود لا يمنع إثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل. ولهذا كان إنبات الشعر علماً عليه، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافاً. وقد قال النبي ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» رواه

الترمذي وقال حديث حسن، وأما الحمل فهو على البلوغ. لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة. قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ الإِنسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ[1] مِن بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾ [الطارق: ٥ - ٦ - ٧] وأخبر النبي ﷺ بذلك في الأحاديث فمتى حملت حكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه.

فصل: وإذا وجد خروج المني من ذكر الخنثى المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلاً، وإن خرج من فرجه أو حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة. وقال القاضي: ليس واحد منهما علماً على البلوغ، فإن اجتمعا فقد بلغ وهذا مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج منه ذلك خلقة زائدة.

ولنا: إن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلاً أو امرأة فخروج المني والحيض أولى. وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المني من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ. ولأن خروج مني الرجل من المرأة، والحيض من الرجل مستحيل. فكان دليلاً على التعيين. فإذا ثبت التعيين لزم كونه دليلاً على البلوغ، كما لو تعين قبل خروجه. ولأنه مني خارج من ذكر، أو حيض خارج من فرج، فكان علماً على البلوغ كالمني الخارج من الغلام، والحيض الخارج من الجارية، ولأنهم سلموا أن خروجهما معاً دليل على البلوغ فخروج أحدهما منفرداً أولى. لأن خروجهما معاً يقتضي تعارضهما، وإسقاط دلالتهما إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها. وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر، فتبطل دلالتهما كالبينتين إذا تعارضتا، وكالبول إذا خرج من المخرجين جميعاً بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً. فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها. ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه. فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضي بثبوت دلالته، كالحكم بكونه رجلاً بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها. والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره. وللجارية بخروج الحيض من فرجها. فعلى هذا إن خرجا معاً لم يثبت كونه رجلاً ولا امرأة. لأن الدليلين تعارضا. فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان:

---

(١) المشهور أن الضمير في «يخرج» للماء الدافق، وأن المراد صلب الرجل وترائب المرأة وفيه إشكال للأطباء وأجيب عنه بأجوبة منها قول شيخنا: إنها كناية عن اجتماع الرجل والمرأة الاجتماع الخاص الذي يكون سبباً لخروجه من بينهما ووقوعه في الرحم ولو قيل: إن الضمير للإنسان، وما بين الصلب والترائب بطن الأم لزال الإشكال من أصله.

أحدهما: يثبت، وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي. لأنه إن كان رجلاً فقد خرج المني من ذكره، وإن كان امرأة فقد حاضت.

والثاني: لا يثبت، لأنه يجوز أن لا يكون هذا حيضاً ولا منياً. فلا يكون فيه دلالة، وقد دل تعارضهما على ذلك، فانتفت دلالتهما على البلوغ، كانتفاء دلالتهما على الذكورية والأنوثية. والله أعلم.

مسألة: قال: (وكذلك الجارية وإن لم تنكح).

يعني أن الجارية إذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع إليها مالها وزال الحجر عنها، وإن لم تتزوج، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ونقل أبو طالب عن أحمد: لا يدفع إلى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تتزوج وتلد، أو يمضي عليها سنة في بيت الزوج. روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي وإسحاق. لما روي عن شريح أنه قال: «عهد إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولاً أو تلد ولداً» رواه سعيد في سننه. ولا يعرف له مخالف فصار إجماعاً، وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها. لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد فيدفع إليه ماله كالرجل. ولأنها بالغة رشيدة، فجاز لها التصرف في مالها كالتي دخل بها الزوج. وحديث عمر إن صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النكاح ولنا أن نمنع ذلك وإن سلمناه فإنما أجبرها على النكاح لأن اختبارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج أصلاً احتمل أن يدوم الحجر عليها عملاً بعموم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها فلم يجز دفعه إليها كما لو لم ترشد، وقال القاضي: عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت.

فصل: وظاهر كلام الخرقي: أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر، وعن أحمد رواية أخرى: ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية ليس لها غيرها فحنثت ولها

زوج فرد ذلك عليها زوجها قال: له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي «أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ: لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟ فقالت نعم. فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال: هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟ قال نعم. فقبله رسول الله ﷺ» رواه ابن ماجة، روي أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها: «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها» رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها» ولأن حق الزوج متعلق بمالها. فإن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها» والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به. فإذا أعسر بالنفقة أنظرته، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف. وقد ثبت أن النبي ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن» وإنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبدالله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن وأيتام لهن؟ فقال: «نعم» ولم يذكر لهن هذا الشرط ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام، ولأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كأختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبدالله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه:

أحدها: أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردها كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض.

الثاني: أن تبرع المريض موقوف فإن برىء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله.

الثالث: أن ما ذكروه منتقض بالمرأة.فإنها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعاً.

فصل: وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه؟ على روايتين:

إحداهما: الجواز. لأن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله بما كسب ولها بما أنفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء» ولم يذكر إذناً وعن أسماء أنها جاءت النبي ﷺ. فقالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير فهل على جناح أن أرضخ[1] مما يدخل عليّ فقال: «ارضخي ما استطعت ولا توعي[2] فيوعى عليك» متفق عليهما وروي أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إنا كل على أزواجنا وآبائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال: «الرطب تأكلينه وتهدينه» ولأن العادة السماح بذلك وطيب النفس فجرى مجرى صريح الإذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الإذن في أكله.

والرواية الثانية: لا يجوز لما روى أبو أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها» قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: ذاك أفضل أموالنا» رواه سعيد في سننه. وقال النبي ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه» وقال. «إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يجز كغير الزوجة، والأول أصح. لأن الأحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف، ولا يصح قياس المرأة على غيرها لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، فصار كأنه قال لها افعلي هذا. فإن منعها ذلك وقال لا تتصدقي بشيء ولا تتبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجز لها ذلك لأن المنع الصريح نفي للإذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه، ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتي يطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها والله أعلم.

مسألة: قال: (والرشد الصلاح في المال).

هذا قول أكثر أهل العلم منهم: مالك وأبو حنيفة. وقال الحسن والشافعي وابن المنذر: الرشد صلاحه في دينه وماله لأن الفاسق غير رشيد ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.

---

(١) الرضخ: العطاء اليسير.

(٢) توعي: تحبسي: والمراد لا تمنعي العطاء.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] قال ابن عباس: يعني صلاحاً في أموالهم وقال مجاهد: إذا كان عاقلاً ولأن هذا إثبات في نكرة ومن كان مصلحاً لماله فقد وجد منه رشد، ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا، ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل يحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فالمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه وقولهم إن الفاسق غير رشيد قلنا: هو غير رشيد في دينه أما في ماله وحفظه فهو رشيد، ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطاً في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله إليه فإن من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع إليهم أموالهم. إذا ثبت هذا: فإن الفاسق إن كان ينفق ماله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة. وإن كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ما له إليه. لأن المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله إليه لم ينتزع منه.

فصل: وإنما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] يعني اختبروهم كقوله تعالى: ﴿لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً﴾ [هود: ٧] أي يختبركم، واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء فإذا تكررت منه فلم يغبن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد، وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق رفعت إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فإن كان قيماً بذلك يصرفها في مواقعها ويستوفي على وكيله ويستقصي عليه فهو رشيد. والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشباه ذلك، فإن وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة ووقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأن الله تعالى قال: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين.

أحدهما: أنه سماهم يتامى: وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ.

والثاني: أنه مد اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى. فدل على أن الاختبار قبله، ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤد إلى الحجر على البالغ الرشيد لأن الحجر يمتد إلى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى: لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة، ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى.

وقد أومأ أحمد في موضع إلى أن اختباره بعد البلوغ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين.

مسألة: قال: (فإن عاود السفه حجر عليه).

وجملته: أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع إليه ماله ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ. وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لأنه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد.

ولنا: إجماع الصحابة وروى عروة بن الزبير أن عبدالله بن جعفر ابتاع بيعاً فقال علي رضي الله عنه لآتين عثمان ليحجر عليك فأتى عبدالله بن جعفر الزبير فقال: قد ابتعت وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي. فقال الزبير: أنا شريكك في البيع فأتى علي عثمان فقال إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شريكه في البيع فقال عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟ قال أحمد: لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون إجماعاً، ولأن هذا سفيه فيحجر عليه كما لو بلغ سفيهاً فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهه وهو موجود ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه. فإذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون، وفارق الرشيد فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه.

فصل: ولا يحجر عليه إلا الحاكم، وبهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره لأن ذلك سبب الحجر فأشبه الجنون.

ولنا: إن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج إلى الاجتهاد فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم. كابتداء مدة العنة[1]، ولأنه حجر مختلف فيه. فلم يثبت إلا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه. ولا يزول إلا بحكم الحاكم، وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب: يزول السفه لأنه سبب الحجر فيزول بزواله كما في حق الصبي والمجنون.

ولنا: إنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول إلا به كحجر المفلس ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبي والمجنون فإن

(١) العنة: عدم القدرة على الجماع.

الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه، ولأننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليه. قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني: إذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبي والسفيه.

مسألة: قال: (فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله).

وجملته: أن الحاكم إذا حجر على السفيه استحب أن يشهد عليه ليظهر أمره فتجتنب معاملته، وإن رأى أن يأمر منادياً ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الإشهاد عليه. لأنه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به فإذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً. وإن أتلفه السفيه أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري ولا شيء على السفيه. وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها كالذي يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لأنه إن علم فقد فرط بدفع ماله إلى من حجر عليه وإن لم يعلم فهو مفرط إذ كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه فأما إن حصل يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان إن أتلفه أو تلف بتفريطه. لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره، ويحتمل أنه لا يضمن لأنه عرضها لإتلافه وسلطه عليها فأشبه المبيع، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلفه كالغصب والجناية فعلية ضمانه لأنه لا تفريط من المالك. ولأن الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك.

فصل: والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما وإن أتلفاه ففي ضمانه وجهان.

فصل: ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ما داما في الحجر إلا الأب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما، وأما السفيه فإن كان محجوراً عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفهه فالولي فيه من ذكرناه، وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه لم ينظر في ماله إلا الحاكم لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم وزواله يفتقر إلى ذلك فكذلك النظر في ماله.

مسألة: قال: (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك).

وجملته أن المحجور عليه لفلس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فإن ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال لا نعلم في هذا خلافاً. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وإن الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم، وذلك لأنه غير متهم في حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال، وإن طلق زوجته نفذ طلاقه في قول أكثر أهل العلم، وقال ابن أبي ليلى: لا يقع طلاقه. لأن البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال:

ولنا: إن الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالإقرار بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولا يملك بالميراث ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوقع طلاقه كالعبد والمكاتب.

فصل: إذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال. لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة، واحتمل أن لا يصح. لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال بأن يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ولأنه وجوب مال مستنده إقراره فلم يثبت كالإقرار به ابتداء، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال في الحال.

فصل: وإن خالع صح خلعه. لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع إليه، وإن دفع إليه لم يصح قبضه، وإن أتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المرأة بدفعه إليه وهو من ضمانها إن أتلفه أو تلف في يده لأنها سلطته على إتلافه.

فصل: وإن أعتق لم يصح عتقه وهذا قول القاسم بن محمد والشافعي، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه يصح لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك فصح كعتق الراهن والمفلس.

ولنا: إنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولأنه تبرع فأشبه هبته ووقفه ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والراهن فإن الحجر عليهما لحق غيرهما.

فصل: وإن تزوج صح النكاح بإذن وليه وبغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو الخطاب: لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء.

ولنا: إنه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق.

فصل: ويصح تدبيره[1] ووصيته. لأن ذلك محض مصلحته لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه، ويصح استيلاده وتعتق الأمة المستولدة بموته لأنه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفيه أولى وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع للتشفي والانتقام، وهو من أهله وله العفو على مال لأنه تحصيل للمال لا تضييع له، وإن عفا على غير مال نظرت. فإن قلنا: الواجب القصاص عيناً صح عفوه لأنه لم يتضمن تضييع المال، وإن قلنا: أحد الشيئين. لم يصح عفوه عن المال ووجب المال كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين، وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه مكلف أحرم بالحج أشبه غيره، ولأن ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته. ثم إن كان أحرم بفرض، دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه، وإن كان تطوعاً فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت إليه لأنه لا ضرر في إحرامه. وإن كانت نفقة السفر أكثر. فقال أنا أكتسب تمام نفقتي، دفعت إليه أيضاً لأنه لا يضر بماله. وإن لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لأنه ممنوع من التصرف في ماله. ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله، بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده، وإن حنث في يمينه أو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان كفر بالصيام لذلك، وإن أعتق أو أطعم عن ذلك لم يجزه؟ وبهذا قال الشافعي لأنه ممنوع من ماله أشبه المفلس. ويتخرج أن يجزئه العتق بناء على قولنا بصحته منه، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها، لأنه غير محجور عليه في بدنه، وإن نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام. وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها لزمه العتق إن قدر عليه. ومقتضى قول أصحابنا: أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه، ثم فك عنه، فإنه يلزمه أداؤه، وإن فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه.

فصل: وإن أقر بنسب ولد قبل منه. لأنه ليس بإقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كإقراره بالحد والطلاق، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمناً لما صح منه. فأشبه نفقة الزوجة.

---

(١) أي قوله لمملوكه أنت حر بعد موتي.

مسألة: قال: (وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره).

وجملته: أن السفيه إذا أقر بمال كالدين أو بما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل إقراره به، لأنه محجور عليه لحظه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي والمجنون، ولأنا لو قبلنا إقراره في ماله لزال معنى الحجر لأنه يتصرف في ماله ثم يقر به. فيأخذه المقر له ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، ومقتضى قول الخرقي: أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه. وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبي ثور، لأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال، فلزمه بعد فك الحجر عنه، كالعبد يقر بدين والراهن على الرهن والمفلس على المال. ويحتمل أن لا يصح إقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال، وهذا مذهب الشافعي. لأنه محجور عليه لعدم رشده، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون، ولأن المنع من نفوذ إقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه، فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه وفارق المحجور عليه لحق غيره، فإن المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى إقراره. وفي مسألتنا انتفى الحكم لخلل في الإقرار، فلم يثبت كونه سبباً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر، ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم، فأمكن تصحيح إقرارهم في ذممهم على وجه لا يضر بغيرهم بأن يلزمهم بعد زوال حق غيره. والحجر ههنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالكلية كالصبي والمجنون، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى، فإن علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أداؤه لأنه علم أن عليه حقاً فلزمه أداؤه كما لو لم يقر به، وإن علم فساد إقراره مثل أن علم أنه أقر بدين، ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل إن أتلف مال من دفعه إليه بقرض أو بيع لم يلزمه أداؤه لأنه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به.

فصل: إذا أذن ولي السفيه له في البيع والشراء فهل يصح منه؟ على وجهين.

أحدهما: يصح لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح ولأنه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالإذن فيه كالصبي. يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالإذن فههنا أولى ولأنا لو منعنا تصرفه بالإذن لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده واختباره.

والثاني: لا يصح لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهذين والله أعلم.

كتاب الصلح

الصلح: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين، ويتنوع أنواعاً: صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما. قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩] وقال الله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح. وروي عن عمر: أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك، وأجمعت الأئمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها. ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه أحكامه. وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين في الأموال. وهو نوعان: صلح على إقرار، وصلح على إنكار. ولم يسم الخرقي الصلح إلا في الإنكار خاصة.

مسألة: قال: (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه. فيصطلحان على بعضه. فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل).

وجملة ذلك: أن الصلح على الإنكار صحيح. وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة: كما لو باع مال غيره ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه. فبطل كالصلح على حد القذف.

ولنا: عموم قوله عليه السلام: «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عموم قوله.

فإن قالوا: فقد قال: «إلا صلحاً أحل حراماً» وهذا داخل فيه، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه، فحل بالصلح.

قلنا: لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكروه لوجهين:

أحدهما: أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع. فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله. وكذلك الصلح بمعنى الهبة. فإنه يحل للموهوب له ما كان حراماً عليه. والإسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجباً عليه.

الثاني: أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً. فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام. وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه، كما لو صالحه على استرقاق حر، أو إحلال بضع محرم، أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا. فإنهم يبيحون لمن له حق يجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه. فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى. وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعي هاهنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع. ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الإقرار.

يحققه: أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه. فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى. وقولهم: إنه معاوضة. قلنا: في حقهما أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع. والثاني مسلم. وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده. فهو معاوضة في حقه. والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه. ويخلصه من شر المدعي. فهو أبرأ في حقه. وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر، كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فإنه يصح. ويكون معاوضة في حق البائع واستنقاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا.

إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه. فيدفع إلى المدعي شيئاً افتداء ليمينه، وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم: فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك. ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم. والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له، فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضاً، سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوف له: وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه. وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه لأن الزائد لا مقابل له. فيكون ظالماً بأخذه وإن أخذ من غير جنسه جاز. ويكون بيعاً في حق المدعي لاعتقاده أخذه عوضاً. فيلزمه حكم إقراره. فإن كان المأخوذ شقصاً في

دار أو عقار وجبت فيه الشفعة. وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه. ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء. لأنه دفع المال افتداء ليمينه ودفعاً للضرر عنه. لا عوضاً عن حق يعتقده فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فإن وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع بـه على المدعي لاعتقاده أنـه ما أخـذ عوضـاً، وإن كان شقصاً لم تثبت فيه الشفعـة لأنه يعتقـده على ملكـه لم يـزل ومـا ملكـه بـالصلح، ولو دفـع المدعى عليـه مـا ادعـاه أو بعضـه لم يثبت فيـه حكم البيـع. ولا تثبت فيـه الشفعة. لأن المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها ممن هي عنده. فلم يكن بيعاً كاسترجاع العين المغصوبة فأما إن كان أحدهما كاذباً، مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم أنه ليس له، وينكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه. فالصلح بـاطل في البـاطن. لأن المدعي إذا كان كاذباً فما يأخذه أكل مال بالباطل، أخذه بشره وظلمـه ودعواه البـاطلة، لا عوضـاً عن حق لـه فيكون حراماً عليه، كمن خوف رجـلاً بالقتـل حتى أخذ مـاله. وإن كـان صادقـاً والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه، فجحده لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشـيء فهـو هضم للحق، وأكل مال بالباطـل. فيكون ذلـك حرامـاً. والصلح باطـل. ولا يحل لـه مال المـدعي بذلـك. ذكره الخرقي في قوله: «وإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطـل» يعني في الحقيقة. وأمـا الظاهر لنا فهو الصحة. لأننا لا نعلم باطن الحال. وإنما ينبني الأمر على الظواهر. والظاهر من المسلم السلامة.

فصـل: ولو ادعى عـلى رجل وديعـة أو قرضـاً أو تفريـطاً في وديعة أو مضـاربة فـأنكـره واصطلحا صح لما ذكرناه.

فصل: وإن صالـح عن المنكر أجنبي صـح، سواء اعـترف للمدعي بصحـة دعواه أو لم يعترف، وسواء كان بإذنه أو غير إذنه. وقال أصحاب الشافعي: إنما يصح إذا اعـترف للمدعي بصدقه. وهذا مبني على صلح المنكر. وقد ذكرناه. ثم لا يخلو الصلح إمـا أن يكون عن دين أو عين. فـإن كان عن دين صـح. سواء كـان بإذن المنكـر أو بغير إذنـه. لأن قضاء الـدين عـن غيره جائز بإذنه وبغير إذنه فإن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيـا عن الميت فأجـازه النبي ﷺ وإن كان الصلح عن عين بإذن المنكر فهو كالصلح منـه. لأن الوكيـل يقوم مقـام الموكـل. وإن كـان بغير إذنـه فهو افتـداء للمنكر من الخصـومة وإبـراء له من الـدعـوى وذلـك جـائـز. وفي المـوضعين: إذا صـالح عنـه بغير إذنـه لم يرجـع عليه بشيء. لأنـه أدى عنه مـا لا يلزمه أداؤه، وخرجه القـاضي وأبو الخطاب على الـروايتين فيـما إذا قضى دينه الثـابت بغير إذنـه. وليس هذا بجيـد لأن هذا لم يثبت وجـوبه عـلى المنكر ولا يلزمـه أداؤه إلى المدعي. فكيف يلزمـه أداؤه إلى غيره؟ ولأنه أدى عنه ما لا يجب عليه. فكان متبرعاً كما لو تصدق عنه. ومن قـال برجـوعه فـإنه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير. أما أن يجب له الرجـوع بما أداه حتـماً فلا وجـه له

أصلاً. لأن أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الأداء إليه. ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى. فكذلك هذا. ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما إن لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته، وأما ما إذا صالح عنه بإذنه فهو وكيله. والتوكيل في ذلك جائز. ثم إن أدى عنه بإذنه رجع إليه. وهذا قول الشافعي. وإن أدى عنه بغير إذنه متبرعاً لم يرجع بشيء. وإن قضاه محتسباً بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير إذنه. لأنه قد وجب عليه أداؤه بعقد الصلح، بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير إذنه فإنه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه.

فصل: وإن صالح الأجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له، فلا يخلو من أن يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له. فإن لم يعترف له كان الصلح باطلاً. لأنه يشتري منه ما لم يثبت له ولم تتوجه إليه خصومة يفتدي منها. فأشبه ما لو اشترى منه ملك غيره. وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح. لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه. ولأنه بيع للدين من غير من هو في دمته، ومن أصحابنا من قال: يصح وليس بجيد. لأن بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح. فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى وإن كان المدعى عيناً فقال الأجنبي للمدعي: أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فإني قادر على استنقاذها من المنكر. فقال أصحابنا: يصح الصلح. وهو مذهب الشافعي. لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه. ثم إن قدر على انتزاعه استقر الصلح. وإن عجز كان له الفسخ. لأنه لم يسلم له المعقود عليه. فكان له الرجوع إلى بدله. ويحتمل أنه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً، لأن الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين أنه آبق أو ميت؛ ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح. لأنه اشترى ما لا يمكنه قبضه منه. فأشبه شراء العبد الآبق والجمل الشارد، فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن صح البيع. لأن البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك. ويحتمل أن لا يصح لأنه ظن عدم الشرط. فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر، أو أنه عبد غيره فتبين أنه عبده. ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لم يعلم ذلك لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء، فكان بيعه فاسداً لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساده. ومن لا يعلم يعتقده صحيحاً. وقد تبين اجتماع شروطه فصح، كما لو علمه مقدوراً على تسليمه.

فصل: فإن قال الأجنبي للمدعي: أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها، وإنما يجحدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقي: أن الصلح لا يصح لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه، أو يشتريه بأقل ثمنه. فهو هاضم للحق

يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان. فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك. فقال أنا أعلم صحة دعواك. وأن هذا لك ولكن لا أسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه. وقال القاضي: يصح. وهذا مذهب الشافعي. قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه. فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع على الأجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وإن أنكر الإذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه. ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه، وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه. وليس للأجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها. فأما حكم ملكها في الباطن. فإن كان وكل الأجنبي في الشراء فقد ملكها. لأنه اشتراها بإذنه فلا يقدح إنكاره في ملكها. لأن ملكه ثبت قبل إنكاره وإنما هو ظالم بالإنكار للأجنبي. وإن كان لم يوكله لم يملكها. لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه. ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته. فإن أجازه لزم في حقه. وإن لم يجزه لزم من اشتراه، وإن قال الأجنبي للمدعي: قد عرف المدعى عليه صحة دعواك، وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح. وكان الحكم كما ذكرنا. لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه. بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له. فأشبه ما لو لم يجحده.

مسألة: قال: (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق).

وجملته: أن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل. لأنه صالح عن بعض ماله ببعض. وهذا محال، وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقرون بشرط. مثل أن يقول: أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي. ولو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه. فهو حرام أيضاً. لأنه هضمه حقه. قال ابن أبي إسحاق: الصلح على الإقرار هضم للحق. فمتى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ. وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز، غير أن ذلك ليس بصلح، ولا من باب الصلح بسبيل، ولم يسم الخرقي الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاه من جنسه فهو وفاء. وإن قضاه من غير جنسه فهي معاوضة، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء. وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة. فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك قال ابن أبي موسى، وسماه القاضي وأصحابه صلحاً. وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية. أما المعنى فمتفق عليه. وهو فعل ما عدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح، وذلك ثلاثة أقسام: معاوضة. وإبراء. وهبة، فأما المعاوضة

فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به. وهذا ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يعترف له بأحد النقدين فيصالحه الآخر، نحو أن يعترف له بمائة درهم، فيصالحه منها بعشرة دنانير، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم. فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه.

الثاني: أن يعترف له بعروض فيصالحه على أثمان أو بأثمن، فيصالحه على عروض. فهذا بيع يثبت فيه أحكام البيع، وإن اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض. لأنه بيع دين بدين.

الثالث: أن يصالحه على سكنى دار، أو خدمة عبد ونحوه، أو على أن يعمل له عملاً معلوماً. فيكون ذلك إجارة لها، حكم سائر الإجارات وإذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الإجارة ورجع بما صالح عنه. وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي. ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الإماء صح. وكان المصالح عنه صداقها. فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه. وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وإن كان المعترف امرأة فصالحت المدعي على أن تزوجه نفسها جاز. ولو كان المعترف به عيباً في مبيعها فصالحته على نكاحها صح. فإن زال العيب رجعت بأرشه. لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها. وإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه.

القسم الثاني: الإبراء. وهو أن يعترف له بدين في ذمته. فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي. فيصح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط. قال أحمد: إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما. ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك إثم. لأن النبي ﷺ كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطر. وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي ﷺ، وهو ملزوم. فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه. فإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما، وروى يونس عن الزهري عن عبدالله بن كعب عن أبيه «أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ. فخرج إليهما ثم نادى: يا كعب، قال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه: أن ضع الشطر من دينك. قال: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله ﷺ: قم فأعطه» فإن قال: على أن توفيني ما بقي بطل. لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته. فكأنه عارض بعض حقه ببعض.

القسم الثالث: الهبة. وهو أن يكون له في يده عين فيقول: قد وهبتك نصفها فأعطني بقيتها فيصح. ويعتبر له شروط الهبة. وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح. وهذا مذهب الشافعي. لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء به. فكأنه عارض بعض حقه ببعض وإن أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح، مثل أن يقول: صالحني بنصف دينك عليّ، أو بنصف دارك هذه، فيقول: صالحتك بذلك لم يصح. ذكره القاضي وابن عقيل. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أكثرهم: يجوز الصلح. لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً، ولا يبقى له تعلق به. فلا يسمى صلحاً، أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحاً لوجود اللفظ. وإن تخلف المعنى، كالهبة بشرط الثواب، وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض. أما مع عدمه فلا. وإنما معنى الصلح الاتفاق والرضى. وقد يحصل هذا من غير عوض كالتمليك إذا كان بعوض سمي بيعاً. وإن خلا عن العوض سمي هبة.

ولنا: إن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة. لأنه إذا قال: صالحني بهبة كذا، أو على نصف هذه العين ونحو هذا. فقد أضاف إليه بالمقابلة فصار كقوله: بعني بألف، وإن أضاف إليه «على» جرى مجرى الشرط. كقوله تعالى: ﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ [الكهف: ٩٤] وكلاهما لا يجوز، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم: إنه يسمى صلحاً ممنوع. وإن سمي صلحاً فمجاز، لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة. وقولهم: إن الصلح لا يقتضي المعاوضة. قلنا: لا نسلم. وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء، أو على، أو نحوهما به. فإن لفظة الصلح تحتاج إلى حرف تعدي به، وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه.

فصل: وإن ادعى على رجل بيتاً فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه، أو على أن يسكنه سنة لم يصح. لأنه يصالحه من ملكه على ملكه أو منفعته. وإن أسكنه كان تبرعاً منه متى شاء أخرجه منها. وإن أعطاه بعض داره بناء على هذا فمتى شاء انتزعه منه. لأنه أعطاه إياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه. وإن فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً أن ذلك وجب عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لأنه أخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار بإجارة فاسدة. وإن بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها. وإذا آجر السطح مدة مقامه في يديه. وله أخذ آلته، ولو اتفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز، وإن بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته. فليس له أخذ بنائه. لأنه ملك لصاحب البيت. وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به. ويحتمل أن يملك نقضه كقولنا في الغاصب.

فصل: وإذا صالحه يخدمه عبده سنة صح، وكانت إجارة. وقد ذكرنا ذلك. فإن باع العبد في السنة صح البيع. ويكون للمشتري، مسلوب المنفعة بقية السنة. وللمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها. وإن لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لأنه عيب وإن أعتق العبد في أثناء المدة نفذ عتقه. لأنه مملوكه يصح بيعه. فصح عتقه لغيره. وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره. فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر. ولا يرجع العبد على سيده بشيء. لأنه ما زال ملكه بالعتق إلا عن الرقبة، والمنافع حينئذ مملوكة لغيره. وفلم تتلف منافعه بالعتق. فلم يرجع بشيء، وإن أعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمناً أو مقطوع اليدين، أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وجهاً آخر: أنه يرجع على سيده بأجر مثله. وهو قول الشافعي. لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً. فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا» فكأنه حال بينه وبين منفعته.

ولنا: إن إعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة. فلم يؤثر إلا فيه. كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقبة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم: إنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قلنا: إنما يقتضي ذلك إذا كانت مملوكة له أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي إعتاقه إزالة ما ليس بموجود وإن تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد العوض ورجع المدعي فيما أقر له به. وإن وجد العبد معيباً عيباً تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح. وإن صالح على العبد بعينه صح الصلح ويكون بيعاً والحكم فيما إذا خرج مستحقاً أو ظهر به عيب كما ذكرنا.

فصل: إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز به بيع الزرع. وقد ذكرنا ذلك في البيع وإن كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجز. لأنه إن صالحه عليه بشرط البقية، أو من غير شرط القطع لم يجز. لأنه لا يجوز بيعه كذلك. وإن شرط القطع لم يجز. لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين. فإن شرط القطع جاز. لأن الزرع كله للمقر. فجاز شرط قطعه، ويحتمل أن لا يجوز. لأن في الزرع ما ليس بمبيع وهو النصف الذي لم يقر به، وهو في النصف الباقي له. فلا يصح اشتراط قطعه، كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسلم الأرض إليه فارغة صح، لأن قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الأرض فأمكن القطع وإن كان إقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما

نصفين وشرط القطع في الجميع احتمل الجواز. لأنهما قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع لأن باقي الزرع ليس بمبيع. فلا يصح شرط قطعه في العقد.

فصل: إذا حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره، أو هواء جدار له فيه شركة، أو على نفس الجدار. لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان، إما بردها إلى ناحية أخرى وإما بالقطع. لأن الهواء ملك لصاحب القرار. فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر. لأنه من غير فعله فلم يجبر على إزالته، كما إذا لم يكن مالكاً له. وإن تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل. بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره على ما سنذكر إن شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين: إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الأمرين. لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له إخراجها. كذا ههنا. وهذا مذهب الشافعي، فإن أمكنه إزالتها بلا إتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة. لم يجز له إتلافها كما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير إتلاف لم يجز له إتلافها. فإن أتلفها في هذه الحال غرمها وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإتلاف فله ذلك ولا شيء عليه، فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه، فإن صالحه على إقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا. فقال ابن حامد وابن عقيل: يجوز ذلك رطباً كان الغصن أو يابساً. لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم، بخلاف العوض. فإنه يفتقر إلى العلم لوجوب تسليمه. ولأن الحاجة داعية إلى الصلح عنه لكون ذلك يكثر في الأملاك المتجاورة. وفي القطع إتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعفى عنها، كالسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للغرفة يتجدد له الأولاد والغراس الذي يستأجر له الأرض يعظم ويجفو قال أبو الخطاب: لا تصح المصالحة عنه بحال، رطباً كان أو يابساً. لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص، وربما ذهب كله، وقال القاضي: إن كان يابساً معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه. لأن الزيادة مأمونة فيه. ولا يصح الصلح على غير ذلك. لأن الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه. لأنه تبع الهواء. وهذا مذهب الشافعي. واللائق بمذهب أحمد صحته. لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل. وذلك لدعاء الحاجة إليه. وكونه لا يحتاج إلى تسليم، وهذا كذلك. والهواء كالقرار في كونه مملوكاً لصاحبه. فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار.

فصل: وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله. فقد نقل المروذي وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك؟ فقال: لا أدري. فيحتمل أن يصح. ونحوه

قال مكحول. فإنه نقل عنه أنه قال: أيما شجرة ظللت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح. وهو قول الأكثرين. وإليه ذهب الشافعي. لأن العوض مجهول. فإن الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول. ومن شرط الصلح العلم بالعوض. ولأن المصالح عليه أيضاً مجهول. لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفنا.

ووجه الأول: أن هذا مما يكثر في الأملاك وتدعو الحاجة إليه، وفي القطع إتلاف. فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الأمطار والصلح على المواريث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل إلى علمها، ويقوى عندي الصلح ههنا يصح بمعنى أن كل واحد منهما يبيح صاحبه ما بذل له. فصاحب الهواء يبيح صاحب الشجرة إبقاءها ويمتنع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيحه ما بذل له من ثمرتها. ولا يكون هذا بمعنى البيع. لأن البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول. والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم. بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله، لأنه مجرد إباحة من كل واحد منهما لصاحبه. فجرى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه: اسكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة. ولا ذكر شروط الإجارة أو قوله: أبحتك الأكل من ثمرة بستاني فأبحني الأكل من ثمرة بستانك. وكذلك قوله: دعني أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالأولى. فإن هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيراً. وفي إلزام القطع ضرر كبير وإتلاف أموال كثيرة، وفي الترك من غير نفع يصل إلى صاحب الهواء ضرر عليه، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول. فكان أولى.

فصل: وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة إنسان إلى أرض جاره، سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع، وطي الآبار وأساس الحيطان أو منعها من ثبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم يؤثر. فإن الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع. إلا أن العروق لا تثمر لها. فإن اتفقا على أن ما نبت من عروقها لصاحب الأرض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمر فيما ذكرنا. فعلى قولنا إذا اصطلحا على ذلك فمضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الأرض فعليه أجر المثل لأنه إنما تركه في أرضه لهذا. فلما لم يسلمه له رجع بأجر المثل كما لو بذلها بعوض فلم يسلم له. وكذلك الحكم فيمن مال حائطه إلى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه.

فصل: وإذا صالحه على المؤجل ببعضه حالاً لم يجز. كرهه زيد بن ثابت وابن عمر. وقال: «نهى عمر أن تباع العين بالدين» وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وهشيم وأبو حنيفة وإسحاق. وروي عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين: أنه لا بأس به. وعن الحسن وابن سيرين: أنهما كانا لا يريان بأساً

بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله. لأنها تبايعا العروض بما في الذمة فصح. كما لو اشتراها بثمن مثلها، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والإسقاط وحده جائز. فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير وطأة عليه.

ولنا: إنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته وبيع الحلول والتأجيل لا يجوز. كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة. ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجز، كما لو كانت معيبة. ويفارق ما إذا كان عن غير مواطأة ولا عقد. لأن كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض. ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشركة كبيع درهمين. ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلها. لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما إن صالحه عن ألف حالة بنصفها مؤجلاً. فإن فعل ذلك اختياراً منه وتبرعاً به صح الإسقاط. ولم يلزم التأجيل. لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى. والإسقاط صحيح، وإن فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً. على ما ذكرنا في أول الباب. وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما: لا يصح. وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى.

فصل: ويصح الصلح عن المجهول، سواء كان عيناً أو ديناً، إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته. قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه، إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو، ونقل عنه عبدالله إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحنا فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا، وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى: الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به، ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه. وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه، فيجوز الصلح فيهما. وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصالح عليه، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له أو لا علم له، ويقول القابض: إن كان لي عليك حق فأنت في حل منه. ويقول الدافع: إن كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل، وقال الشافعي: لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع البيع. ولا يصح البيع على مجهول.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ. أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست «استهما، وتواخيا، وليحلل أحدكما صاحبه» وهذا صلح على المجهول، ولأنه إسقاط حق، فصح في المجهول كالعتاق والطلاق، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم، وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى، وذلك لأنه إذا كان معلوماً فلهما طريق إلى التخلص. وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك. فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن

يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه، ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع. وإنما هو إبراء. وإن سلمنا كونه بيعاً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة. بدليل بيع أساسات الحيطان وطي الآبار وما مأكوله في جوفه، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها. فقال صاحب الطعام لمتلفه: بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم، أو بهذا الثوب صح.

إذا ثبت هذا فإن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه، ولا سبيل إلى معرفته كالمختصمين في مواريث دارسة)وحقوق سالفة أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى. وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة. ولا بد من كونه معلوماً لأن تسليمه واجب الجهالة تمنع التسليم وتفضي إلى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح.

فصل: فأما ما يمكنها معرفته، كتركة موجودة، أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل، قال أحمد: إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح: أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها مع ترك زوجها. فهي الريبة كلها. قال: وإن ورث قوم مالاً ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم: نخرجك من الميراث بألف درهم: أكره ذلك، ولا يشترى منها شيء، وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير، ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ما هو، وإنما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه. ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ما له على رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه فأما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به. وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة. فلم يصح كالبيع.

فصل: ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز. فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع. ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل جاز. وقد روي، الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا الذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات، فأبى أن يقبلها. ولأن المال غير متعين، فلا يقع العوض في مقابلته، فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها لم يجز. وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئاً غيره. فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز. لأنه يأخذ عوضاً عن المتلف، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك.

ولنا: إن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا

مقابل لها. فيكون أكل مال بالباطل. فأما إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز، لأنه بيع، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل.

فصل: ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالإتلاف بمائة مؤجلة لم يجز، وكانت حالة. وبهذا قال الشافعي. وعن أحمد: يجوز. وهو قول أبي حنيفة. لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز، كما لو باعه إياه.

ولنا: إنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة، والحال لا يتأجل بالتأجيل. وإن جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين. وبيع الدين بالدين غير جائز.

فصل: ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمته في قولهم جميعاً. وإن خرج حراً فكذلك. وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: يرجع بالدية. لأن الصلح فاسد، فرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية.

ولنا: إنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً.

فصل: ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه، أو بقيمته إن كان تالفاً. لأن الصلح ههنا بيع في الحقيقة. فإذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً. فرجع فيما كان له، بخلاف الصلح عن القصاص، فإنه ليس بيع. وإنما يأخذ عوضاً عن إسقاط القصاص، ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عنه بعبد فبان مستحقاً أو حراً رجع بأرش العيب ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن أرش العيب فزال العيب، رجعت بأرشه لا بمهر المثل. لأنها رضيت ذلك مهراً لها.

فصل: ولو صالحه عن القصاص بحر يعلمان حريته أو عبد يعلمان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه، لأن الصلح ههنا باطل يعلمان بطلانه. فكان وجوده كعدمه.

فصل: إذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز. لأن ذلك بيع موضع من أرضه. ولا حاجة إلى بيان عمقه. لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه. فله أن يترك فيه ما شاء. وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها. فهذا إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة. لأن هذا شأن الإجارة، فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة إجارته. وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده بإجارة، فأما إن كانت الأرض في يده وقفاً عليه فقال القاضي: هو كالمستأجر له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة، وليس له أن يحفر

فيها ساقية. لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء. وهذا كله مذهب الشافعي، والأولى: أنه يجوز له حفر الساقية، لأن الأرض له، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره، بخلاف المستأجر. فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له في الحفر. فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين. بناء على ما إذا آجره مدة فمات في أثنائها. فإن قلنا: له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وإن قلنا: ليس له الفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على الورثة.

فصل: وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه، أو في أرضه عن سطحه، أو في أرضه عن أرضه جاز. إذا كان ما يجري ماء معلوماً إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة، لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره. ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء إلى السطح. لأن ذلك يختلف ولا يفتقر إلى ذكر مدة. لأن الحاجة تدعو إلى هذا، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى، ولا المدة، في أكثر المدة، بخلاف الساقية، ويختلفان في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به. لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فإنه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها. والماء الذي على السطح يحتاج إلى معرفة مقدار السطح لأنه يجري منه القليل والكثير، وإن كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية مع إنسان لم يجز أن يصالح على إجراء الماء عليه. لأنه يتضرر بذلك. ولم يؤذن له فيه. فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة. فإن الأرض لا تتضرر به. وإن كان ماء السطح يجري على أرض احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك. لأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر أرض غيره. ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسماً. فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها. واحتمل الجواز إذا لم يحتج إلى حفر ولم تكن فيه مضرة. لأنه بمنزلة إجراء الماء في ساقية محفورة. ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدة إجارته. كما قلنا في إجراء الماء في الساقية. والله أعلم.

فصل: وإذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يجز إلا بإذنه وإن كان لضرورة، مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره. فهل له ذلك؟ على روايتين:

إحداهما: لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه فلم يجز، كما لو لم تدع إليه ضرورة لأن مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره. بدليل أنه لا يباح الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة. والأخرى يجوز لما روي «أن

الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفعة لك، تشربه أولاً وآخراً، ولا يضرك؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله. فقال محمد: لا والله. فقال له: لم تمنع أخاك ما ينفعه. وهو لك نافع. تشربه أولاً وآخراً؟ فقال محمد: لا والله. فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمر به ففعل» رواه مالك في موطئه وسعيد في سننه. والأول أقيس. وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة. وهو موافق للأصول. فكان أولى.

فصل: وإن صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوماً أو يومين أو من عينه، وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي: لا يجوز. لأن الماء ليس بمملوك. ولا يجوز بيعه. فلا يجوز الصلح عليه. ولأنه مجهول. قال وإن صالحه على سهم من العين أو النهر، كالثلث أو الربع جاز. وكان بيعاً للقرار. والماء تابع له. ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك والماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة. بدليل ما لو أخذه في قربته أو إنائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه: بدليل الصلح عن دم العمد وأشباهه، والصلح على المجهول.

فصل: ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، مثل أن يصالح امرأة لتقر بالزوجية. لأنه صلح يحل حراماً. ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يجز. وإن دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكف عنها ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن الصلح في الإنكار إنما يكون في حق المنكر لافتداء اليمين. وهذه لا يمين عليها. وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه. وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له. وإنما أجيز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها.

والثاني: يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل. لأن المدعي يأخذ عوضاً عن حقه من النكاح. فجاز كعوض الخلع. والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره، وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك. ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية بإقرارها أو ببينة. فإن قلنا: الصلح باطل فالنكاح باق بحاله. لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وإن قلنا: هو صحيح احتمل ذلك أيضاً. ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض. لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً، كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها، ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لتنزل عن دعواها لم يجز. لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره. وإن دفعت إليه مالاً ليقر بطلاقها لم يجز في أحد الوجهين. وفي الآخر: يجوز، كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً.

فصل: وإن ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يجز، لأنه يحل حراماً. فإن إرقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا بغيره وإن دفع إليه المدعى عليه مالاً صلحاً عن دعواه صح. لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال، ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة إليه. ولو ادعى على رجل ألفاً فأنكره، فدفع إليه شيئاً ليقر له بالألف لم يصح. فإن أقر لزمه ما أقر به ويرد ما أخذه. لأنه تبين بإقراره كذبه في إنكاره، وأن الألف عليه فيلزمه أداؤه بغير عوض. ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه. وإن دفع إليه المنكر مالاً صلحاً عن دعواه صح. وقد مضى ذكره.

فصل: ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح. لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها. فلا يجوز كتمانه ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة.

الثاني: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور. فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله. فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله.

الثالث: أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه. لأن ذلك ليس بحق له. فلم يجز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له. ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك. ولم يجز له أخذ العوض، وإن صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح. لأنه إن كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه، لكونه ليس بحق له. فأشبه حد الزنا والسرقة. وإن كان حقاً له لم يجز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف القصاص. ولأنه شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن يتعاض عن عرضه بمال. وهل يسقط الحد بالصلح؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي، فإن كان حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي، فإن كان حقاً لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه. كحد الزنا والسرقة وإن كان حقاً لآدمي سقط بصلحه وإسقاطه، مثل القصاص فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح. لأنه حق شرع على خلاف الأصل لدفع ضرر الشركة فإذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد القذف، إلا أن يسقط ههنا وجهاً واحداً. لكونه حقاً لآدمي.

فصل: ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً، وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر،

ولا يجوز أن يحمل عليها ساباطاً[١] بطريق الأولى، وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين، سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا، وسواء أذن الإمام في ذلك أو لم يأذن وقال ابن عقيل: إن لم يكن فيه ضرر جاز بإذن الإمام، لأنه نائبهم. فجرى إذنه مجرى إذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ. وقال أبو حنيفة: يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد: يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة، ولا يملك أحد منعه، لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة، فكان جائزاً كالمشي في الطريق والجلوس فيها، واختلفوا فيما لا يضر فقال بعضهم: إن كان في شارع تمر فيه الجيوش والأحمال، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه. وقال أكثرهم: لا يقدر بذلك. بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل.

ولنا: إنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجز: كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله، ويفارق المرور في الطريق. فإنها جعلت لذلك. ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه. فإنه يظلم الطريق ويسد الضوء، وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء، وقد تعلو الأرض بمرور الزمان فيصدم رؤوس الناس، ويمنع مرور الدواب بالأحمال، ويقطع الطريق إلا على الماشي، وقد رأينا مثل هذا كثيراً، وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه، كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها، وعلى أبي حنيفة: أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجز. فلم يجز بغير إذنهم كما لو أخرجه إلى هواء دار مشتركة، وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه.

فصل: ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نعلمه، سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع. سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن. لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه. ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العاثر. فلم يجز كما لو كان الطريق ضيقاً.

فصل: ولا يجوز أن يبني دكاناً ولا يخرج روشناً ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بإذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب، وإن كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه. فمنهم من منعه أيضاً، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط، لأن له في الدرب استطراقاً. فملك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا: إنه بناء في هواء ملك قوم معينين. أشبه ما لو لم يكن له فيه باب، ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه. فأما إن أذن أهل الدرب فيه جاز. لأن الحق لهم. فجاز بإذنهم كما لو كان

---

(١) الساباط: السقف يغطي الطريق بين البيتين.

المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز، وقال القاضي وأصحاب الشافعي: لا يجوز، لأنه بيع للهواء دون القرار.

ولنا: إنه يبنى فيه بإذنهم فجاز، كما لو أذنوا له بغير عوض. ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار.

إذا ثبت هذا فإنما يجوز بشرط كون ما يخرجه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيما إذا أخرجه إلى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه. ويجوز بإذنه بعوض وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم.

فصل: ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه، سواء جعلها لماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك، لما ذكرناه من قبل، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق، مثل أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة، أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا. فإن كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في ممر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجز ذلك. لأن ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز. لأن ذلك نفع بلا ضرر. فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها، فأما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز إلا بإذن أهله. لأن هذا ملك لقوم معينين فلم يجز فعل ذلك بغير إذنهم، كما لو فعله في بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز، سواء حفرها لنفسه فينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونفع الطريق، وكذلك إن فعل ذلك في ملك إنسان معين.

فصل: ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم، ولا يجوز إخراجها إلى درب نافذ إلا بإذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز إخراجه إلى الطريق الأعظم. لأن عمر رضي الله عنه «اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً إلى الطريق فقلعه. فقال العباس: تقلعه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده؟ فقال: والله لا نصبته إلا على ظهري، وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه» وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله، ما لم يقم دليل على اختصاصه به. ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار. ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الإسلام من غير نكير.

ولنا: إن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه فلم يجز، كما لو كان الطريق غير نافذ. ولأنه يضر بالطريق وأهلها فلم يجز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها. ولا يخفى ما فيه من الضرر. فإن ماءه يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويجعل فيها الطين، والحديث قضية في عين. فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ،

أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك. لأن الحاجة داعية إليه والعادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور.

فصل: ولا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقاً ولا باباً إلا بإذن شريكه لأن ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به، ولا يجوز أن يغرز فيه وتداً ولا يحدث عليه حائطاً ولا يستره، ولا يتصرف فيه نوع تصرف. لأنه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجز كنقضه. ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الأولى. لأنه إذا لم يجز فيما له فيه حق، ففيما لا حق له فيه أولى. وإن صالحه عن ذلك بعوض جاز. وأما الاستناد إليه وإسناد شيء لا يضره إليه فلا بأس به. لأنه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه. أشبه الاستظلال به.

فصل: فأما وضع خشبة عليه فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا ولقول رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وإن كان لا يضر به إلا أن به غنية عن وضع خشبة عليه لإمكان وضعه على غيره. فقال أكثر أصحابنا: لا يجوز أيضاً. وهو قول الشافعي وأبي ثور. ولأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير حاجة فلم يجز كبناء حائط عليه. وأشار ابن عقيل إلى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره» متفق عليه. ولأن ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة. كأخذ الشقص بالشفعة من المشتري. والفسخ بالخيار أو بالعيب واتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه. فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك. وبهذا قال الشافعي في القديم. وقال في الجديد: ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك. لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة. فلم يجز كزراعته.

ولنا: الخبر. ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به. أشبه الاستناد إليه والاستظلال به. ويفارق الزرع: فإنه يضر ولم تدع إليه حاجة.

إذا ثبت هذا فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد. وليس هذا في كلام أحمد. إنما قال في رواية أبي داود: لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين، أو كان البيت واسعاً يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر. والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل لما ذكرنا. والله أعلم.

فصل: فأما وضعه في جدار المسجد إذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: الجواز. لأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشح والضيق. ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى.

والثانية: لا يجوز. نقلها أبو طالب. لأن القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه. فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس. وهذا اختيار أبي بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً للمنع من وضع الخشب في ملك الجار. لأنه إذا امتنع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق. فلأن يمنع من المختص بغيره أولى. ولأنه إذا منع في حق لله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى. والمذهب الأول.

فإن قيل: فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب؟

قلنا: لأن الخشب يمسك الحائط وينفعه، بخلاف الطاق والباب. فإنه يضعف الحائط. لأنه يبقى مفتوحاً في الحائط. والذي يفتحه للخشبة يسده بها. ولأن وضع الخشب تدعو الحاجة إليه بخلاف غيره.

فصل: ومن ملك وضع خشبة على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه. لأن السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك: وإن زال السبب، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز إعادته، لزوال السبب المبيح. وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لزم إزالته، لأنه يضر بالمالك ويزول الخشب، وإن لم يخف عليه لكن استغنى عن إبقائه عليه لم يلزم إزالته، لأن في إزالته ضرراً بصاحبه. ولا ضرر على صاحب الحائط في إبقائه، بخلاف ما لو خشي سقوطه.

فصل: ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك إعارته ولا إجارته لأنه إنما كان له ذلك لحاجته الماسة إلى وضع خشبه، ولا حاجة له إلى وضع خشب غيره فلم يملكه. وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره. لأنه أبيح له من حق غيره لحاجته. فلم يجز له ذلك فيه كطعام غيره إذا أبيح له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك. لأنه وسيلة إلى منع ذي الحق من حقه، فلم يملكه كمنعه. ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك. لما فيه من تفويت الحق، وإن احتاج إلى هدمه للخوف من انهدامه أو لتحويله إلى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك، لأن صاحب الخشب إنما يثبت حقه للإرفاق به مشروطاً بعدم الضرر لصاحب الحق. فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق. لزوال شرطه.

فصل: وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه، أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز. فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة. فإذا رجع المعير فيها لم يكن له ذلك. ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله. لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام. وفي القلع إضرار به. فلا يملك ذلك المعير، كما لو أعاره أرضاً للدفن والغراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان، وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك. لأن المستعير قد استحق تبقية الخشب عليه ولا ضرر في تبقيته، وإن كان مستهدماً فله نقضه. وله على صاحب البناء والخشب إزالته. وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه إلا بإذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها.

وهكذا لو قلع المستعير خشباً أو سقط بنفسه لم يكن له رده إلا بإذن مستأنف. لأن المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر، وههنا قد حصل القلع بغير فعله، فأشبه ما لو كان في الأرض شجر فانقلع. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وقالوا في الآخر: له ذلك. لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأبيد. وليس كذلك، فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع. وقد حصل القلع ههنا. فلا يبقى الاستحقاق وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً كان للآخر إعادته لأنه أزيل بغير حق تعدياً ممن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه. وإن أزاله أجنبي لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك. لأنه زال بغير عدوان منه. فأشبه ما لو سقط بنفسه.

فصل: وإن أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز. سواء كان إجارة في مدة معلومة أو صلحاً على وضعه على التأبيد. ومتى زال فله إعادته، سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك، لأنه استحق إبقاءه بعوض ويحتاج إلى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك. لأن هذا كله يختلف فيحتاج إلى معرفته، وإذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الإجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الإجارة فيما بقي ورجع من الأجرة بقسط ما بقي من المدة. وإن أعيد رجع من الأجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وإن صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز، كما يجوز الصلح على وضعه، سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر. لأن هذا عوض عن المنفعة المستحقة له. وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الأرض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز وإن كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز. لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالحه عنه. لأن الصلح بيع.

فصل: وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه. فمتى زال فله إعادته. لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره. فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه، وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا. فهو له، لأن الظاهر أنه له بحق فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك، هل هو بحق أو بعدوان؟ فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه. لأن الظاهر معه.

فصل: إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما، وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح. ولأخيه الأخذ بالشفعة. ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقاً وبين ما إذا قال: هذا لنا ورثناها جميعاً عن أبينا أو أخينا فيقال: إذا كان الإنكار مطلقاً كان له الأخذ بالشفعة. وإن قال ورثناها عن أبينا فلا شفعة له. لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة.

ووجه الأول: أن الملك ثبت للمدعي حكماً. وقد رجع إلى المقر بالبيع. وهو معترف بأنه بيع صحيح. فتثبت فيه الشفعة، كما لو كان الإنكار مطلقاً. ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الأسباب. فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر، كحالة إطلاق الإنكار. وهذا أصح.

مسألة: قال: (وإذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما تحالفا. وكان بينهما. وكذلك إن كان محلولاً من بنائهما. وإن كان معقوداً ببناء أحدهما كان له مع يمينه).

وجملة ذلك: أن الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً. وهو أن يكون متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط، مثل اتصال البناء بالطين، كهذه الفطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض، أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أو غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر. فهما سواء في الدعوى. فإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا. فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط: أنه له. ويجعل بينهما نصفين، لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما، وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط: أنه له وما هو لصاحبه جاز. وهو بينهما وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لأن المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه. فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها. فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه؛ وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا

وصارا كمن لا بينة لهما فإن لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل. فكان الكل للآخر، وإن كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال أبو ثور: لا يرجح بالعقد، ولا ينظر إليه.

ولنا: إن الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر: أنه بني وحده. فإنه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والأزج(١).

فإن قيل: فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك.

قلنا: لأن ذلك ظاهر. وليس بيقين. إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه، أو كان له فوهبه إياه، أو بناه بأجرة. فشرعت اليمين من أجل الاحتمال. كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداثه مثل البناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنة أو آجرة، أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين، فقال القاضي: لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليتملك الحائط المشترك. وظاهر كلام الخرقي أنه يرجح بهذا الاتصال، كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه. لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه. فوجب أن يرجح بهذا، كما يرجح باليد. فإنه يمكن أن تكون يداً عادية حدثت بالغصب أو بالسرقة أو العارية أو الإجارة. فلم يمنع ذلك الترجيح بها.

فصل: فإن كان لأحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه، أو عقد معتمد عليه، أو قبة ونحوها فهو له. وبهذا قال الشافعي. لأن وضع بنائه بمنزلة اليد الثابتة عليه، لكونه منتفعاً به. فجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه في الأرض. ولأن الظاهر: أن الإنسان لا يترك غيره يبني على حائطه. وكذلك إن كانت له عليه سترة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما، أو له عليها أزج معقود، فالحائط المختلف فيه له. لأن الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها. فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له.

فصل: فإن كان لأحدهما خشب موضوع. فقال أصحابنا: لا ترجح دعواه بذلك. وهو قول الشافعي. لأن هذا مما يسمح به الجار. وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه. وعندنا أنه حق يجب التمكين منه. فلم ترجح به الدعوى كإسناد متاعه إليه وتجصيصه وتزويقه. ويحتمل أن

(١) الأزج: نوع من الأبنية، يقال أزجه تأزيجاً إذا بناه وطوله.

ترجح به الدعوى. وهو قول مالك لأنه منتفع به بوضع ماله عليه. فأشبه الباني عليه والزارع في الأرض، وورود الشرع بالنهي عن المع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق. بدليل أن استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت إعادته، ولأن كونه مستحقاً تشترط له الحاجة إلى وضعه. ففيها لا حاجة إليه له منعه من وضعه. وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يتسامحون به، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطؤوا رؤوسهم كراهة لذلك. فقال: «مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم» وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا. ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه. ولأن الحائط يبنى لذلك؟ فيرجح به كالأزج، وقال أصحاب أبي حنيفة: لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لأن الحائط لا يبنى له، ويرجح بالجذعين. لأن الحائط يبنى لهما.

ولنا: إنه موضوع على الحائط. فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء.

فصل: ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة، ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما وأقطاع الآجر إلى ملك الآخر، ولا بمعاقد القمط، في الخص[1] يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط. لما روى نمر بن حارثة التميمي عن أبيه «أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خص. فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن يليه معاقد القمط. ثم رجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال: «أصبت وأحسنت» رواه ابن ماجة: وروي نحوه عن علي، ولأن العرف جارياً بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه.

ولنا: عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولأن وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما. إذ لا يمكن كونه إليهما جميعاً، فبطلت دلالته كالتزويق؛ ولأنه يراد للزينة، فأشبه التزويق، وحديثهم لا يثبته أهل النقل. وإسناده مجهول، قاله ابن المنذر. قال الشالنجي: ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه. وذكرته لإسحاق بن راهويه فقال: ليس هذا حديثاً. ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح. فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس، كما يلبس الرجل أحسن أثوابه أعلاها الظاهر للناس، ليروه فيتزين به فلا دليل فيه.

فصل: ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين. ولا بكون أحدهما له على الآجر سترة غير مبنية عليه لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه.

(١) الخص: البيت من البوص.

فصل: وإن تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلاني فهي لصاحب السفل، لأنه المنتفع بها. وهي من جملة البيت، فكانت لصاحبه. وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك، وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما. وبهذا قال الإمام الشافعي. وقال أبو حنيفة: هو لصاحب السفل. لأن السقف على ملكه. فكان القول قوله، كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها. وحكي عن مالك: أنه لصاحب السفل. وحكي عنه: أنه لصاحب العلو. لأنه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به.

ولنا: إنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان. فكان بينهما، كالحائط بين الملكين. وقولهم: هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو. ولا يشبه السرج على الدابة. لأنه لا ينتفع به غير صاحبها، ولا يراد إلا لها فكان في يده. وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لأنه سماء صاحب السفل يظله، وأرض صاحب العلو تقله. فاستويا فيه.

فصل: وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها. فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل، كسلم مسمر، أو دكة فهي لصاحب العلو وحده. لأن له اليد والتصرف وحده. لأنها مصعد صاحب العلو لا غير. والعرصة التي عليها الدرجة له أيضاً. لانتفاعه بها وحده، وإن كان تحتها بنيت لأجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لأن يديهما عليها. ولأنها سقف للسفلاني وموطىء للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما. وإن كان تحتها طاق صغير لم تبن الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء ونحوه. فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده. ويحتمل أن تكون بينهما. لأن يدهما عليها وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف.

فصل: ولو تنازعا مسناة[1] بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما. لأنها حاجز بين ملكيهما. فهي كالحائط بين الملكين.

فصل: إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى لآخر. فهل يجبر الممتنع على إعادته؟ قال القاضي: فيه روايتان:

إحداهما: يجبر. نقلها ابن القاسم وحرب وسندي. قال القاضي: هي أصح وقال ابن عقيل: وعلى ذلك أصحابنا. وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوليه. واختاره بعض أصحابه وصححه. لأن في ترك بنائه إضراراً، فيجبر عليه، كما يجبر على القسمة إذا

(١) المسناة: الساقية.

طلبهـا أحدهمـا وعلى النقض إذا خيف سقـوطه عليهـما لقـول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا وشريكه يتضرران في ترك بنائه.

والرواية الثانية: لا يجبر. نقل عن أحمد ما يدل على ذلك. وهو أقـوى دليلاً ومـذهب أبي حنيفة. لأنه ملك لا حرمة له في نفسه. فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه كما لو انفرد به. ولأنـه بناء حائط فلم يجبر عليه كالابتداء. ولأنه لا يخلو إما إن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقيهما جميعاً، لا يجوز أن يجبر عليه لحق نفسه. بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره، كما لو انفرد به جاره. فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليـه فكذلـك إذا اجتمعا. وفـارق القسمـة فـإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة وإنفاق ماله. ولا يلزم من إجبـاره على إزالـة الضرر بما لا ضرر فيـه إجباره عـلى إزالته بمـا فيه ضرر. بـدليل قسمـة ما في قسمته ضرر، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه. لأنـه يخاف سقـوط حائـطه على مـا يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخـلاف مسألتنـا. ولا نسلم أن في تركه إضراراً. فإن الضرر إنما حصل بانهدامه. وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به. وهذا لا يمنع الإنسان منـه بدليل حالة الابتداء. وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإجبـار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر. وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفـع، أو يكون معسراً ليس معه مايبني به، فيكلف الغرامة مع عجـزه عنها، فعلى هذه الـرواية: إذا امتنع أحدهما لم يجبر. فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه. لأن لـه حقاً في الحمـل ورسـماً فلا يجوز منعه منه، وله بناؤه بأنقاضه إن شـاء وبناؤه بآلـة من عنده. فـإن بناه بـآلته وأنقـاضه فالحائط بينهما على الشركة، كما كان. لأن المتفق عليه إنمـا أنفق على التـالف. وذلك أثـر لا عين يملكها. وإن بناه بآلة من عنده فالحائط ملكه خاصة. ولـه منع شريكـه من الانتفاع بـه ووضع خشبه ورسومه عليـه لأن الحائط له. وإذا أراد نقضـه فإن كـان بناه بـآلته لم يملك نقضـه لأنه ملكهما. فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما. وإن بنـاه بآلـة من عنده فله نقضـه لأنه ملكه خاصة. فإن قال شريكه: أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لأنه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الإبقاء، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروايتين جميعاً. لأنه إذا لم يملك منعه من بنائـه فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له: إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي ووضع خشبي، وإما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننـا فيلزم الآخـر إجابتـه لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه. وإن لم يرد الانتفـاع به فـطالبه البـاني بالغـرامة أو القيمـة لم يلزمه ذلك. لأنه إذا لم يجبر على البناء. فأولى أن لا يجبر عـلى الغرامـة. إلا أن يكون قـد أذن في البناء والإنفاق. فيلزمـه ما أذن فيـه. فأمـا على الـرواية الأولى: فمتى امتنـع أجبره الحـاكم على ذلك. فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه. وإن لم يكن لـه مال فـأنفق عليه الشريـك

بإذن الحاكم، أو إذن الشريك رجع عليه متى قدر. وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أنفق: إن تبرع به لم يكن له الرجوع به. وإن نوى الرجوع به. فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين. بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناه لنفسه بآلته فهو بينهما. وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة. فإن أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه. لأنه إذا أجبر على بنائه، فأولى أن يجبر على إبقائه.

فصل: فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناته حائطاً يحجز بين ملكيهما. فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة. وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة. لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به، ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم. وهذا لا رسم له، ولا أعلم في هذا خلافاً.

فصل: فإن كان السفل لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع. فهل يجبر الممتنع على ذلك؟ على روايتين. كالحائط بين البيتين. وللشافعي قولان كالروايتين. وإن انهدمت حيطان السفل فطالبه صاحب العلو بإعادتها فعلى روايتين:

إحداهما: يجبر. وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي. فعلى هذه الرواية: يجبر على البناء وحده. لأنه ملكه خاصة.

والثانية: لا يجبر. وهو قول أبي حنيفة. وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً. فإن بناه بآلته فهو على كل ما كان. وإن بناه بآلة من عنده، فقد روي عن أحمد: لا ينتفع به صاحب السفل، يعني حتى يؤدي القيمة. فيحتمل أن لا يسكن. وهو قول أبي حنيفة. لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره، ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب وسمر الوتد وفتح الطاق. ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي. لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها. فأشبه الاستظلال بها من خارج. فأما إن طالب صاحب السفل بالبناء وأبى صاحب العلو ففيه روايتان:

إحداهما: لا يجبر على بنائه. ولا مساعدته. وهو قول الشافعي. لأن الحائط ملك صاحب السفل مختص به. فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو.

والثانية: يجبر على مساعدته والبناء معه، وهو قول أبي الدرداء. لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به. أشبه الحائط بين الدارين.

فصل: فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فانهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لأنه إن كان المتمنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه، ولا يلزم على هذا حائط السفل حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لإبقائه على حيطان السفل دائماً. فلزم صاحب السفل تمكينه مما يستحقه. وطريقه البناء. فلذلك وجب. بخلاف مسألتنا. وإن أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لأنه ملكه خاصة، وإن أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لأنه لا حق له فيه.

فصل: ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت. فإن خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه. ويكون كما لو انهدم بنفسه. لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه. وإن هدمه لغير ذلك فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها، وسواء التزم إعادته أو لم يلتزم. لأن الضرر حصل بفعله فلزمه إعادته.

فصل: فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلثان لم يصح. لأنه يصالح على بعض ملكه ببعض. فلم يصح، كما لو أقر له بدار فصالحه على سكناها، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجهالة الحمل فإن يحمله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله. وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز.

فصل: فإن كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع منهما روايتان. وحكي عن أبي حنيفة: أنه يجبر ههنا على الإنفاق. لأنه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضر به بخلاف الحائط. فإنه يمكنهما قسمة العرصة. والأولى التسوية. لأن في قسمة العرصة إضراراً بهما والإنفاق أرفق بهما، فكانا سواء. والحكم في الدولاب والناعورة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه. وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الإنفاق عليه. وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء. لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه. وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى.

فصل: إذ كان لرجلين بابان في الزقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق، والآخر في داخله. فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق. لأن له الاستطراق إلى بابه القديم. فقد نقص من استطراقه ومتى أرادردبابه إلى موضعه الأول كان له لأن حقه لم يسقط. وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك. نص عليه أحمد. لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه. ويحتمل جواز ذلك. لأنه كان له أن يجعل بابه في أول البناء في

أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط. ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفعه موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لآخر فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء. وإن لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابه حيث شاء. لأنه على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول. وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك ولو أراد كل واحد أن يفتح في داره باباً آخر، أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز إذا وضع البابين في موضع استطراقه وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ أو زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز. ولأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه.

فإن قيل: في هذا إضرار بأهل الدرب. لأنه يجعله نافذاً يستطرق إليه من الشارع.

قلنا: لا يصير الدرب نافذاً. وإنما تصير داره نافذة، وليس لأحد استطراق داره، فأما إن كان بابه في الشارع وظهر داره إلى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك، لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه. ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسمره أو شباكاً جاز. لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل: ويحتمل عندي أنه لا يجوز. لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق، فيضر بأهل الدرب، بخلاف رفع الحائط. فإنه لا يدل على شيء.

فصل: وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرفع الحاجز بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز. وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين لم يجز. ذكره القاضي. لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق. ولأن ذلك ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى. ويحتمل جواز ذلك. لأن له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى. وهذا أشبه. وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز.

فصل: إذا تنازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذي يلي أوله بينهما لأن لهما الاستطراق فيه جميعاً. وما بعده إلى صدر الدرب للآخر. لأن الاستطراق في ذلك له وحده. فله اليد والتصرف.

والوجه الثاني: أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما. لأن ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه، وما بعد ذلك للثاني. لأنه ليس بفناء للأول ولا له فيه استطراق.

والثالث: يكون بينهما. لأن لهما جميعاً يداً وتصرفاً. وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولآخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن. فما كان من الدرجة إلى باب الخان بينهما وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين: **أحدهما**: هو لصاحب السفل. والثاني: هو بينهما. فإن كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً. فعلى الوجه الذي يقول: إن صر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني أن يستبدل بما يختص به منه، بأن يجعله دهليزاً لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً. لأن ذلك ملك له ينفرد به.

فصل: وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره، نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين. أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها. وبهذا قال بعض صحاب أبي حنيفة. وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع. وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة. لأنه تصرف في ملكه المختص به. ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه، كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا أنه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها.

ولنا: قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا إضرار بجيرانه، فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها، وكسقي الأرض الذي يتعدى إلى هدم حيطان جاره، أو إشعال نار تتعدى إلى إحراقها قالوا: ههنا تعدت النار التي أضرمها والماء الذي أرسله. فكان مرسلاً لذلك في ملك غيره. فأشبه ما لو أرسله إليها قصداً.

قلنا: والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه. فكان مرسلاً له في ملك جاره، فهو كأجزاء النار والماء. وأما دخان الخبز والطبيخ فإن ضرره يسير، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المسامحة.

فصل: وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر. فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره، إلا أن يبني سترة تستره. وقال الشافعي: لا يلزمه عمل سترة. لأن هذا حاجز بين ملكيهما. فلا يجبر أحدهما عليه كالأسفل.

ولنا: إنه إضرار بجاره. فمنع منه، كدق يهز الحيطان. وذلك لأنه يكشف جاره ويطلع على حرمه، فأشبه ما لو اطلع عليه من صير[1] بابة أو خصاصه، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ «لو أن رجلاً اطلع إليك حذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح» ويفارق الأسفل. فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره.

فصل: إذا كانت بينهما عرصة حائط فاتفقا على قسمها طولاً جاز ذلك، سواء اتفقا على قسمها طولاً أو عرضاً. لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما، وإن اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو أن يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللآخر مثله. فقال أصحابنا: يجبر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي. لأن ذلك لا يضر. فإذا اقتسما اقترعا فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة، فإن كان مبنياً فلا كلام. وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وإن أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل. وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل. ويحتمل أن لا يجبر على القسمة. لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر. لأنه لا يقدر على حائط يستر ملكه. وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه، فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه. وهذا ضرر. لا يرد الشرع بالإجبار عليه:

فإن قيل: فإذا كان مشتركاً تمكن أيضاً مع منع شريكه وضع خشبه عليه.

قلنا: إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالكلية، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا. فإن كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا. واختار ابن عقيل أنه يجبر. وهو ظاهر كلام الشافعي لأنها عرصة. فأجبر على قسمها كعرصة الدار.

ولنا: إن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكروه ينتقض بذلك، وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه حائطاً. ففي إجبار الممتنع وجهان:

أحدهما: يجبر. قاله أبو الخطاب لأنه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته. فأشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما مايبني فيه داراً.

والثاني: لا يجبر. ذكره القاضي. لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة. لأننا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره. فلا ينتفع به. فلو أجبرناه على

(١) صير الباب: شقة، والخصاص: الخرق في البناء أو الثقوب بين الحجارة.

القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة. وهذا لا نظير له. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ومتى اقتسما العرصة طولاً فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها، ولم يمنع من سدها. لأن ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته.

فصل: وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولاً جاز ويعلم بين نصيبيهما بعلامة، وإن اتفقا على قسمته عرضاً، فقال أصحابنا: يجوز القسمة. لأن الحق لهما لا يخرج عنهما. فأشبه العرصة. ويحتمل أن لا تجوز القسمة. لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه. وههنا لا يتميز. ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً، لأنه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله. وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كله. وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر. فذكر القاضي: أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته، سواء ولا يجبر على قسم الحائط، إلا أن يطلب أحدهما قسمه طولاً. ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأنهما إن قطعاه بينهما فقد أتلفا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه. وإن لم يقطع وعلما علامة على نصفه كانت انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر.

ووجه الأول: أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها. وكذلك قسم البستان وحائطه، ولا يجبر على القطع المضر، بل يعلمه بخط بين نصيبيهما. ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين. والله أعلم.

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع. أما السنة: فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم. وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه. وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة، إلى ذمة وقد قيل: إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه. وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك، والصحيح: أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره. لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين، ولما جاز التفرق قبل القبض. لأنه بيع مال الربا بجنسه: ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع كله. ولأن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد. وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله. ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه، ويشترط في صحتها: رضى المحيل بلا خلاف. فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه. وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي: فقد بريء المحيل أبداً).

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة.

أحدها: تماثل الحقين. لأنها تحويل للحق ونقل له، فينقل على صفته ويعتبر تماثلهما في أمور ثلاثة:

أحدها: الجنس. فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح.

الثاني: الصفة: فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة. أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح.

الثالث: الحلول والتأجيل. ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين. فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة ولو كان الحقان حالين، فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة. لأن الحال لا يتأجل، ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصح الحوالة. فكذلك إذا شرطه وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيراً من حقه، أو رضي المحتال بدون الصفة. أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله، أو رضي من له الحال بإنظاره جاز. لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى، وإن مات المحيل أو المحال فالأجل بحاله، وإن مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضى ذكرهما.

الشرط الثاني: أن تكون على دين مستقر: ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر[1]، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه يعرض الفسخ لانقطاع المسلم فيه، ولا تصح الحوالة به. لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه. والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة. لأنه غير مستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه. وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة. لأن حكمه حكم الأحرار في المداينات، وإن أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة. ويكون ذلك بمنزلة القبض، وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح. لأنه غير مستقر وإن أحالها الزوج به صح. لأنه له تسليمه إليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه. وإن أحالت به بعد الدخول صح لأنه مستقر. وإن أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا. وإن أحاله المشتري به صح. لأنه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار، وإن أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة لأن الثمن كان ثابتاً مستقراً والبيع كان لازماً. وإنما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة إلى المشتري. ويحتمل أن تبطل الحوالة. لأن سبب الجواز عيب المبيع. وقد كان موجوداً وقت الحوالة. وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع. فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان:

أحدهما: تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه.

(١) لعل الصواب بدين غير مستقر.

والثاني: لا تبطل. لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه، وثبت للمحتال فلم يزل عنه. ولأن الحوالة بمنزلة القبض. فكأن المحيل أقبض المحتال دينه فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه، وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر. وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهاً واحداً. ويرجع المحيل على المحتال به.

فصل: وإن أحال من لا دين له عليه رجلاً على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة. بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها. لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله. ولا حق ههنا ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة، لاشتراكهما في المعنى. وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه. وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحيل. وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضاً. نص عليه أحمد. فلا يلزم المحال عليه الأداء، ولا المحتال قبول ذلك، لأن الحوالة معاوضة. ولا معاوضة ههنا. وإنما هو اقتراض. فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل. لأنه قرض. وإن أبرأه ولم يقبض منه شيئاً لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه. وإن قبض منه الدين ثم وهبه إياه رجع المحال عليه على المحيل به. لأنه قد غرم عنه. وإنما عاد إليه المال بعقد مستأنف. ويحتمل أن لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئاً. وإن أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض. وليست حوالة. لأن الحوالة إنما تكون بدين على دين، ولم يوجد واحد منهما.

فصل الشرط الثالث: أن تكون بمال معلوم. لأنها إن كانت بيعاً فلا تصح في مجهول. وإن كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم. والجهالة تمنع منه. فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والأدهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه. لأنه لا يثبت في الذمة. ومن شرط الحوالة تساوي الدينين. فأما ما يثبت في الذمة سلماً غير المثليات كالمذروع والمعدود. ففي صحة الحوالة به وجهان:

أحدهما: لا تصح. لأن المثل فيه لا يتحرر. ولهذا لا يضمنه بمثله في الإتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

والثاني: تصح ذكره القاضي. ولأنه حق ثابت في الذمة. فأشبه ما له مثل. ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضي به قرض هذه الأموال. فإن كان عليه إبل من الدية وله على آخر مثلها في السن. فقال القاضي: تصح. لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات. وقال أبو الخطاب: لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة. ولأن الإبل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الإتلاف ولا تثبت في الذمة سلماً في رواية. وإن كان عليه إبل من دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فإن قلنا: يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس. وإن قلنا: يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف

الجنس. وإن قلنا: يرد مثلها اقتضى قول القاضي صحة الحوالة. لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه. ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدين، وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقترض. وإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بإبل الدية لم تصح. لأننا إن قلنا تجب القيمة في القرض، فقد اختلف الجنس. وإن قلنا: يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته. والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك.

فصل: **الشرط الرابع**: أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه، ولا خلاف في هذا.

فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء، إلا ما يروى عن الحسن، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق. وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح. لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، بخلاف الضمان. فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة. فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه.

إذا ثبت أن الحق انتقل فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك. هذا ظاهر كلام الخرقي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر. وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم. وبه قال جماعة من أصحابنا. ونحوه قول مالك. لأن الفلس عيب في المحال عليه. فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة. ولأن المحيل غره. فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع. وقال شريح والشعبي والنخعي: متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة: يرجع، عليه في حالين إذا مات المحال عليه مفلساً. وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه في هاتين الحالتين. وإذا حجر عليه لفلس. لأنه روي عن عثمان «أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً؟ فقال: يرجع بحقه. لا توى[1] على مال امرىء مسلم» ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين. فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه.

ولنا: إن حزناً جد سعيد بن المسيب «كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه. فأخبره فقال: اخترت علينا أبعدك الله» فأبعده بمجرد احتياله. ولم يخبره أن له الرجوع. ولأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا ممن يدفع عنه. فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين، وحديث عثمان لم يصح يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة

---

(١) لا توى: أي لا هلاك ولا ضياع.

عن عثمان. ولم يصح سماعه منه. وقد روي أنه قال: «في حوالة أو كفالة» وهذا يوجب التوقف ولا يصح. ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم: إنه معاوضة لا يصح. لأنه يفضي إلى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه، ويفارق المعاوضة بالثوب. لأنه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه. وههنا الحوالة بمنزلة القبض وإلا كان بيع دين بدين.

فصل: فإن شرط ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية. وقال بعضهم: لا يرجع. لأن الحوالة لا ترد بالإعسار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به. وإن شرط كما لو اشترط كونه مسلماً، ويفارق البيع. فإن الفسخ يثبت بالإعسار فيه من غير شرط، بخلاف الحوالة.

ولنا: قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة. فيثبت الفسخ بفواته كما لو اشترط صفة في المبيع. وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقد. بدليل اشتراط صفة في المبيع.

فصل: ولو لم يرض المحتال بالحوالة، ثم بان المحال عليه مفلساً أو ميتاً رجع على المحيل بلا خلاف. فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير مليء لما عليه فيه من الضرر. وإنما أمر النبي ﷺ بقبول الحوالة إذا أحيل على مليء ولو أحاله على مليء فلم يقبل حتى أعسر. فله الرجوع أيضاً على ظاهر قول الخرقي. لكونه اشترط في براءة المحيل إبداء رضى المحتال.

مسألة: قال: (ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال).

المليء: هو القادر على الوفاء. جاء في الحديث عن النبي ﷺ، أنه قال: «إن الله تعالى يقول: من يقرض المليء غير المعدم» وقال الشاعر:

تطيلين لياني، وأنت مليئة ... وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعني قادرة على وفائي. والظاهر: أن الخرقي أراد بالمليء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا المماطل، قال أحمد في تفسير المليء، كأن المليء عنده: أن يكون ملياً بماله وقوله وبدنه ونحو هذا. فإذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما. وقال أبو حنيفة: يعتبر رضاهما. لأنها معاوضة. فيعتبر الرضا من المتعاقدين. وقال مالك والشافعي: يعتبر رضى المحتال. لأن حقه في ذمة المليل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً. فأما المحال عليه فقال مالك: لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان. أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري. لأنه أحد من تتم به الحوالة. فأشبه المحيل. والثاني: لا يعتبر. لأنه أقامه في القبض مقام نفسه. فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل.

ولنا: قول النبي ﷺ «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله. وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول، كما لو وكل رجلاً في إبقائه. وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً. لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله.

فصل: إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة. لأن حق الثاني ثبات مستقر في الذمة. فصح أن يحيل به كالأول. وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر.

فصل: إذا اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة. لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشتري وإنما تثبت حريته ببينة أو اتفاقهم، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على حريته وكذبهما المحتال ولا بينة بذلك، لم يقبل قولهما عليه. لأنهما يبطلان حقه. أشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه: أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وإن أقاما بينة لم تسمع لأنهما كذباها بدخولهما في التبايع. وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة. وإن صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه. لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى. فإن أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت. لأنهما لم يكذباها. وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد. لأنه إقرار على غيرهما وتبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه. فلا يأخذ منه شيئاً. وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو في يده بحريته، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل. لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

فصل: وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقايلة أو اختلاف في ثمن فقد برىء المحال عليه. لأنه قبض منه بإذنه. ويرجع المشتري على البائع، وإن رده قبل القبض فقال القاضي: تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه. ويبرأ البائع، فلا يبقى له دين ولا عليه. لأن الحوالة بالثمن، وقد سقط بالفسخ. فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به. وقال أبو الخطاب: لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن المشتري عوض البائع عما في ذمته ما له في ذمة المحال عليه. ونقل حقه إليه نقلاً صحيحاً وبرىء من الثمن وبرىء المحال عليه من دين المشتري. فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الأول، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه إليه ثم فسخ

العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فإن قلنا: لا تبطل رجع المشتري على البائع بالثمن ويأخذه البائع من المحال عليه. فإن عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبرىء البائع وعاد المشتري إلى غريمه وإن كانت المسألة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد العبد المبيع ففي الحوالة وجهان:

أحدهما: لا تبطل. لأن ذمة المشتري؛ برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للأجنبي المحتال. فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل. فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم إلى المحتال ما أحاله به.

والثاني: تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به. ولأنه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويبرأ المشتري منها كالمسألة قبلها، وإذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبرىء المشتري منها.

فصل: إذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له، فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل. فقال: بل أحلتني بلفظ الحوالة، أو كانت بالعكس فقال: أحلتك بدينك. قال: بل وكلتني فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه. لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله. والأصل معه. فإن كان لأحدهما بينة حكم بها. لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البينة عليه، وإن اتفقا على أنه قال: أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا. فقال: المحيل إنما وكلتك في القبض لي، وقال الآخر: بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين. لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة. فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما.

والثاني: القول قول المحيل. لأن الأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر.

فعلى الوجه الأول: يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط على المحيل. وعلى الوجه الثاني: يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين: إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه، سواء تلف بتفريطه أو غيره. لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محقاً فقد أتلف ماله، وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان وإن تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرىء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسلمه والمحيل يقول: قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط. فلا

ضمان عليه. وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه. لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده. وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه إليه ويحتمل أن يملك أخذه منه. ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه. ولا يملك المحتال المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه وليس بصحيح. لأن المحتال إن اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق، وأنه يستحق المطالبة به. فعلى كلا الحالين. هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لإسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسألة. لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى. وإنما يدعي المحيل بينة وهذا لا تشهد به البينة نفياً ولا إثباتاً.

فصل: وإن كانت المسألة بالعكس. فقال: أحلتك بدينك، فقال: بل وكلتني، ففيها الوجهان أيضاً. لما قدمناه: فإن قلنا: القول قول المحيل فحلف برىء من حق المحتال وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه. لأنه يجوز له ذلك بقولهما معاً. فإذا قبضه كان له بحقه. وإن قلنا: القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه. لأنه إما وكيل وإما محتال. فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه. لأن المحيل يقول هو لك، والمحتال يقول: هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه. وقد أذن لي في أخذه ضمناً. فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه. ولم يأخذ من المحيل شيئاً. وإن استوفى من المحيل رجع على المحال في أحد الوجهين. لأنه قد تثبت الوكالة بيمين المحتال وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل. والثاني لا يرجع عليه. لأنه يعترف أنه قد برىء من حقه وإنما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه، قال القاضي: والأول أصح. وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو أتلفها سقط حقه على الوجهين. لأنه إن كان محقاً فقد أتلف حقه. وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصان، وإن تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الأول: يسقط حقه أيضاً. لأن ماله تلف تحت يده. وعلى الثاني: له أن يرجع على المحيل بحقه. وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه لأنه يعترف ببراءته.

فصل: وإن اتفقا على أن المحيل قال: أحلتك بدينك ثم اختلفا، فقال أحدهما: هي حوالة بلفظها. وقال الآخر: هي وكالة بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة، وجهاً واحداً. لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال: لا دين لك عليّ. لأن قوله: أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده له بعد ذلك. فأما إن لم يقل بدينك بل قال: أحلتك، ثم قال: ليس لك عليّ دين وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال: أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت: أحلتك، وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أو لا؟ فيه وجهان سبق توجيههما.

فصل: وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه بـه فقال: قـد أحلت به علـيّ فلانـاً الغائب وأنكر صاحب الدين. فالقول قوله مع يمينه، وإن كان لمن عليه الدين بينة بدعـواه سمعت بينته لإسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليـه فالقول قوله. فإن أقام المدعي بينة ثبتت في حقه وحق الغائب. لأن البينة يقضى بها على الغائب ولزم الدفع إلى المحتال. وإن لم يكن له بينة فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين؟ فيه وجهان، بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه الدفع إليه. لأن مقر بدينه عليه ووجوب دفعه إليه فلزمه الدفع إليه كما لو كانت بينة.

والثاني: لا يلزمه الدفع إليـه. لأنه لا يـأمن من إنكار المحيـل ورجوعـه عليه. فكـان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه إني وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه، وقال: لا أدفعـه إليك. فإذا قلنا: يلزمه الدفع مع الإقرار لـزمه اليمـين مع الإنكـار. فإذا حلف بـرىء ولم يكن للمحتـال الرجـوع على المحيـل لاعترافـه ببراءتـه. وكذلـك إن قلنا: لا تلزمـه اليمين. فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل فإن صدق المدعي في أنـه أحالـه ثبتت الحوالـة له. لأن رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكـر الحوالـة حلف وسقط حكم الحوالـة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين فقضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه، ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام. وإن أنكر الحوالة. فالقول قوله. وله أن يستوفي من المحال عليه. لأنـه معترف لـه بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه، ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كـان المحيل ينكـر أن له عليـه ديناً فالقول قوله بغير يمين. لأن المحتال يقـر ببراءتـه منه لاستيفـائه من المحـال عليه. وإن كـان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به. لأنه يقر بأنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغـير حق والمحتال يـزعم أن المحيل قـد أخذ منه أيضاً بغير حق وأنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه. فينبغي أن يقبضها المحتال ويسلمها إلى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها إلى المحال عليه، وإن صدق المحـال عليه المحتـال في الحوالة ودفع إليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها.

فصل: فإن كان عليه ألف ضمنـه رجل فـأحال الضـامن صاحب الـدين به بـرئت ذمته وذمّة المضمون عنه. لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فإن كان الألف على رجلين على كل واحد منهـما خمسمائـة وكل واحـد كفيل عن الآخـر بـذلـك فأحاله أحدهما بالألف برئت ذمتهما معـاً كما لـو قضاهـا. وإن أحال صـاحب الألف رجلاً عـلى أحدهما بعينه بالألف صحت الحوالة لأن الدين على كـل واحد منهـما مستقر، وإن أحـال عليهما

جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالـة أيضاً عنـد القاضي. لأنـه لا فضل ههنـا في نوع ولا أجل ولا عدد. وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر عـلى المليء وقال بعض أصحـاب الشافعي: لا تصـح الحوالـة. لأن الفضل قـد دخلها فـإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء. فأشبه ما لو أحاله على رجلين له على كـل واحد منهما ألف ليستوفي من أيهما شاء. والأول أصح، والفرق بـين هذه المسـألة، وبـين ما إذا أحـاله بألفين أنه لا فضل بينهما في العدد ههنا. وثم تفاضلا فيـه ولأن الحوالة ههنـا بألف معـين، وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيـين. وأنه إذا قضـاه أحدهمـا الألف فقد قضى جميـع آلدين، وثم إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامنـاً عن صاحبـه فأحـال عليهـما صحت الحوالـة بغير إشكـال. لأنه لمـا كان لـه أن يستوفي الألف من واحـد كان لـه أن يستوفي من اثنين كالوكيلين.

باب الضمان

مسألة: قال: (ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صح أنه أعطاه).

الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتهما جميعاً. ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم. وقال القاضي: هو مشتق من الضمين: لأن ذمة الضامن تتضمن الحق.

والأصل في جوازه: الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[يوسف: ٧٢]. وقال ابن عباس: الزعيم الكفيل.

وأما السنة: فيما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الزعيم غارم» رواه أبو داود والترمذي. قال: حديث حسن، وروى البخاري عن سلمة بن الأكوع «أن النبي ﷺ أتي برجل ليصلي عليه فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران. قال: هل ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، فتأخر، فقيل: لم لم تصل عليه؟ فقال: ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ إلا إن قام أحدكم فضمنه. فقام أبو قتادة فقال: هما عليّ يا رسول الله، فصلى عليه النبي ﷺ» وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة. وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى.

إذا ثبت هذا فإنه يقال: ضمين وكفيل، وقبيل وحميل وزعيم، وصبير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له. ولا بد من رضى الضامن. فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضى المضمون عنه. لا نعلم فيه خلافاً. لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه. ولا يعتبر رضى المضمون له، وقال أبو حنيفة

ومحمد: يعتبر. لأنه إثبات مال لآدمي. فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء. وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين.

ولنا: إن قتادة ضمن من غير رضى المضمون عنه فأجازه النبي ﷺ وكذلك روي عن علي رضي الله عنه. ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة. ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه.

فصل: ولايعتبر أن يعرفهما الضامن، وقال القاضي: يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا؟ وليعرف المضمون له فيؤدي إليه.

وذكر وجهاً آخر: أنه تعتبر معرفة المضمون له لذلك. ولا تعتبر معرفة المضمون عنه. لأنه لا معاملة بينه وبينه، ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه.

ولنا: حديث علي وأبي قتادة. فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه. ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر.

فصل: وقد دلت مسألة الخرقي على أحكام.

منها: صحة ضمان المجهول لقوله: «ما أعطيته فهو عليّ» وهذا مجهول فمتى قال: أنا ضامن لك ما لك على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البينة أو يقر به لك. أو ما يخرج في روز مانجك صح الضمان. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك. وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر: لا يصح. لأنه التزام مال فلم يصح مجهولاً كالثمن في المبيع.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] وحمل البعير غير معلوم. لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله عليه السلام «الزعيم غارم» ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة. فصح في المجهول، كالنذر والإقرار. ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق.

ومنها: صحة ضمان ما لم يجب فإن معنى قوله «ما أعطيته» في المستقبل. بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه. فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسألتين سواء أو إحداهما داخلة في الأخرى.

والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها. إلا أنهم قالوا: الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين. فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه. فلا يكون ضماناً. قلنا: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وأن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في

ذمته، وهذا كاف. وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد.

ومنها: أن الضمان إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه وكان المضمون له مطالبته ولا نعلم في هذا خلافاً. وهو فائدة الضمان. وقد دل قول النبي ﷺ: «والزعيم غارم» واشتقاق اللفظ.

ومنها: صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق، حياً كان أو ميتاً، مليئاً أو مفلساً. لعموم لفظه فيه، وهذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة: لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف. لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالإبراء، ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه.

ولنا: حديث أبي قتادة وعلي. فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء. والنبي ﷺ حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله: «ألا قام أحدكم فضمنه؟» وهذا صريح في المسألة. ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه. ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن. ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكروه.

ومنها: صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده، لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايلة. وبهذا كله قال الشافعي.

فصل: فيما يصح ضمانه، ويصح ضمان الجعل في الجعالة. وفي المسابقة والمناضلة، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين: لا يصح ضمانه، لأنه لا يؤول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه. كمال الكتابة.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢] ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل. وإنما الذي لا يلزم العمل. والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل: ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديات. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول، وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول. ولأن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد. وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر، لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل

معلومة. وكذلك غيرها من الحيوان. ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف. فلم يمنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلة مآلها إلى اللزوم. ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب. وقال القاضي: إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلا نفقة المعسر، لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها.

ولنا: إنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها. بدليل الجعل في الجعالة، والصداق قبل الدخول، والبيع في مدة الخيار. فأما النفقة في الماضي فإن كانت واجبة إما بحكم الحاكم بها، أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها، وإلا فلا يصح ضمان مال السلم في إحدى الروايتين. والأخرى لا يصح. لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه فلم يجز، كالحوالة به. والأول أصح. لأنه دين لازم فصح ضمانه كالأجرة وثمن المبيع، ولا يصح ضمان مال الكتابة في إحدى الروايتين. وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم، والأخرى: يصح لأنه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر الديون عليه، والأولى: أصح. لأنه ليس بلازم ولا ما له إلى اللزوم. فإن للكاتب تعجيز نفسه والامتناع عن أدائه. فإذا لم يلزم الأصيل فالضمين أولى. ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعارية. وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين، وقال في الآخر: لا يصح. لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة. وإنما يضمن ما ثبت في الذمة ووصفنا لها بالضمان إنما معناه أنه يلزمه قيمتها إن تلفت والقيمة مجهولة.

ولنا: إنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم: إن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا: الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها. وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع. فإن ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً. فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والخياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها. لأنها غير مضمونة على من هي في يده. فكذلك على ضامنها. وإن ضمنها إن تعدى فيها، فظاهر كلام أحمد رحمه الله: يدل على صحة الضمان. فإنه قال في رواية الأثرم: في رجل يتقبل من الناس الثياب، فقال له رجل: ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن، فقال له: هو ضامن لما دفعه إليه، يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا إن تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وإن تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك. لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه، كالغصوب والعواري. وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه. ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري

للبائع، فضمانه على المشتري: هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري: هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب.

فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر. وحقيقة العهدة: الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع. ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه وممن أجاز ضمان العهدة في الجملة: أبو حنيفة ومالك والشافعي. ومنع منه بعض الشافعية. لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين. وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع. والوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان. فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع. لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً. فلم يبق إلا الضمان. ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد. لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقاً أو معيباً حالا العقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجهالة منتفية لأنه ضمن الجملة. فإذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ما ضمنه.

إذا ثبت هذا: فإنه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده. وقال الشافعي: إنما يصح بعد القبض. لأنه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبني على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضياً إلى الوجوب كالجعالة.

وألفاظ ضمان العهدة أن يقول: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه. أو يقول للمشتري: ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن، وحكي عن أبي يوسف أنه قال: ضمنت لك العهدة. والعهدة في الحقيقة: هي الصك المكتوب فيه الابتياع، هكذا فسره به أهل اللغة، فلا يصح ضمانه للمشتري، لأنه ملكه وليس بصحيح. لأن العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية. كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزادة، لا على الجمل، وإن كان هو الموضوع فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر: هو باطل. لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحل. وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال: كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً؟ فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص. وهل يصح في العهدة؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة.

إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن. فنقول: إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له. فأما الحادث فمثل تلف المبيع من المكيل أو الموزون في يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلان. فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن. لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد. وإنما ضمن

الاستحقاق الموجود حال العقد. ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائـز. وهذا منه. وأما إن كان بسبب مقـارن نظرنـا فإن كـان بسبب لا تفريط من البـائع فيـه كأخـذه بالشفعة. فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضـامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الأولى، وأما إن زال ملكه عن المبيـع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قديم فله الرجـوع إلى الضامن. وهـذا ضمان العهدة. فإن أراد أخذ أرش العيب رجـع على الضـامن أيضاً. لأنـه إذا لزمـه كل الثمن لزمه بعضه إذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيـع مستحقاً أو بعضـه، لأنه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في إحدى الروايتين. فقد خرجت العين كلهـا من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الأخرى: يبطل العقد في الجميـع، ولكن استحق ردها. فإن ردها كلها فالحكم كذلك. وإن أمسك المملوك منها فله المطالبة بـالأرش، كما لـو وجد بهـا عيباً. ولو باعه عيناً أو أقرضـه شيئاً بشرط أن يـرهن عنده عينهـا فتكفل رجـل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة، لأنه لا يلزم الراهن إقباضه وتسليمه. فلا يلزم الكفيل مـا لا يلزم الأصل. وإن ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح، سواء ضمنه البائع أو أجنبي، فإذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص، وبهذا قـال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يصح. لأنه ضـمان مجهول: وضـمان ما لم يجب. وقـد بينا جـواز ذلك.

فصل: فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله. سـواء كان رجلاً أو امرأة. لأنه عقـد يقصد بـه المال فصـح من المرأة كـالبيع، ولا يصـح من المجنون والمبرسم[1]، ولا من صبي غير مميز بغير خلاف، لأنه إيجاب مال بعقد. فلم يصح منهم كالنذر ولا يصح من السفيه المحجور عليه، ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي: يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأن من أصلنا: أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنـه صح. فكذلك ضمانه والأول أولى لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيـع والشراء ولا يشبه الإقرار لأنه إخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز: فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين. وهو قول الشافعي. وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحـة إقراره وتصرفـاته بـإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع. لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح منه كالتبرع والنـذر، بخلاف البيع وإن اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه. فقال الصبي قبل بلوغي. وقال المضمون له بعـد البلوغ. فقال القاضي: قياس قول أحمد أن القول قول المضمون لـه. لأن معه سـلامة العقـد. فكان القول قوله، كما لو اختلفا في شرط فاسد. ويحتمل أن القـول قول الضـامن. لأن الأصل

---

(١) المبرسم: الذي يخلط في كلامه بسبب علة فيه.

عـدم البلوغ وعدم وجـوب الحق عليه. وهـذا قول الشـافعي. ولا يشبه هـذا ما إذا اختلفـا في شرط فاسد. لأن المختلفين ثم متفقان على أهمية التصرف. والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفاً صحيحاً. فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر. وههنا اختلفا في أهلية الصرف. وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند إليه. ولا أصل يرجع إليه. فلا ترجح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصـل عدمه، فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه. ويتبع به بعد فـك الحجر عنـه. لأنه من أهـل التصرف. والحجر عليه في مالـه لا في ذمتـه فأشبـه الراهن. فصـح تصرفه فيـما عدا الـرهن. فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمتـه، ولا يصح ضـمان العبد بغـير إذن سيده سـواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون لـه وبهذا قـال ابن أبي ليلى والثـوري وأبو حنيفـة. ويحتمل أن يصح ويتبع بـه بعد العتق. وهـو أحد الـوجهين لأصحـاب الشافعي. لأنـه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالإقرار بالإتلاف

ووجه الأول: أنه عقد تضمن إيجاب مال. فلم يصح بغـير إذن كالنكـاح وقال أبـو ثور: إن كان من جهة التجارة جاز، وإن كان من غير ذلك لم يجز، فإن ضمن بإذن سيـده صح. لأن سيده لو أذن له في التصرف صح. قال القاضي: وقياس المذهب تعلق المـال برقبتـه. وقال ابن عقيل: ظاهر المذهب. وقياسه: أنه يتعلق بذمة السيد. وقال أبو الخطاب: هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستـدانته بـإذن سيده. وقـد سبق الكلام فيهـا، فإن أذن لـه سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح. ويكون ما في ذمته متعلقاً بالمال الذي في يـد العبد، كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قـال الحر: ضمنت لـك الدين عـلى أن تأخـذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيـده كالعبـد القن. لأنه تـبرع بالـتزام مال فأشبه نذر الصدقة بغير مال. ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه. كقولنا في العبد. وإن ضمن بإذنه ففيه وجهان:

أحدهما: لايصح أيضاً. لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية.

والثاني: لا يصح لأن الحق لهما لا يخرج عنهما. فأما المريض فإن كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح. وإن كان مرض الموت المخـوف فحكم ضمانـه حكم تبرعه يحسب من ثلثه. لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه. ولم يأخذ عنه عوضاً. فـأشبه الهبـة. وإذا فهمت إشارة الأخرس صح ضمانه. لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه فصح ضـمانه كـالناطق، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان. لأنه قـد يكتب عبثاً أو تجـربة فلم يثبت الضمان مع الاحتمال ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان، لأنه لا يدري بضمانه. ولأنه لايصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه.

فصل: إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حـالاً على المضمـون عنه مؤجـلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنـه دون الضامن. وبهـذا قال الشـافعي، قال أحمـد: في رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه في ثلاث سنين، فهـو عليه. ويؤديـه كما ضمن، ووجـه ذلك: مـا روى ابن عباس «أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: مـا عندي شيء أعطيكه. فقال: والله لا أفارقنك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فجره إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ كم تستنظره؟ قال: شهراً قال رسول الله ﷺ: فـأنا أحمـل. فجاء في الـوقت الذي قال النبي ﷺ. فقال له النبي ﷺ: من أين أصبت هذا؟ قال: من معدن قـال: لا خير فيهـا، وقضاها عنه» رواه ابن ماجة في سننه. ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل. فكان مؤجلاً كالبيع.

فإن قيل: فعندكم الدين الحال لا يتأجل، فكيف يتأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه.

قلنا: الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد. وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً. ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنـه بدليـل ما لـو مات المضمون عنه والدين مؤجل.

إذا ثبت هذا: وكان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضـامن إلى شهرين. فإن قضاه قبل الأجل فله الرجـوع به في الحـال على الـرواية التي تقـول: إذا قضى دينه بغير إذن رجع به، لأن أكثر ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل. لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك. وإن كـان الدين مؤجـلاً فضمنه حـالاً لم يصر حـالاً. ولا يلزمه أداؤه قبـل أجله. لأن الضـامن فـرع للمضمـون عنـه فـلا يلزمـه مـا لا يلزم المضمون عنه. ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هـذا الدين. لم يلزمـه تعجيله، فبأن لا يلزم الضامن أولى. ولأن الضمان التزام دين في الذمـة. فلا يجـوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمـون عنه، فعلى هذا إن قضاه حالاً لم يرجع به قبـل أجله. لأن ضمانـه لم يغيره عن تـأجيله، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها: أن الدين الحال ثابت في الـذمة مستحق القضـاء في جميع الـزمان. فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنـه. فصح كـما لو كـان الدين عشرة فضمن خمسة. وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله. فإذا ضمنه حالاً الـتزم ما لم يجب على المضمون فأشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل: يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالاً كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياساً لإحداهما على الأخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى.

فصل: وإذا ضمن ديناً مؤجـلاً عن إنسان فـمات أحدهمـا. إما الضـامن وإما المضمـون عنه، فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما.

فإن قلنا: يحل على الميت لم يحل على الآخر. لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل فإن قضاه قبل الأجل كان متبرعاً بتعجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير إذن من هو عليه، وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله، وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبته. لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته.

ولنا: إنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل كما لو لم يمت. وقوله: أدخله فيه. قلنا: إنما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الأجل.

مسألة: قال: (ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن).

يعني: أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض. بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه. ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت. وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء. وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل. وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: «كنا مع النبي ﷺ في جنازة فلما وضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان. فقال: صلوا على صاحبكم. فقال علي. هما علي يا رسول الله، وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه. ثم أقبل على علي فقال: جزاك الله خيراً عن الإسلام، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك فقيل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال: للناس عامة» رواه الدارقطني. فدل على أن المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الإمام أحمد في المسند عن جابر قال: «توفي صاحب لنا فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف، فتحملهما أبو قتادة. فقال: الديناران عليّ. فقال رسول الله ﷺ: وجب حق الغريم، وبرىء الميت منهما؟ قال نعم. فصلى عليه ثم قال بعد ذلك: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس. قال: فعاد إليه من الغد، فقال: قد قضيتهما. فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت جلدته» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله: «وبرىء الميت منهما» ولأنه دين واحد. فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به. وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في محلين.

ولنا: قول النبي ﷺ «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدته» حين أخبره أنه قضى دينه. ولأنها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما

صلاة النبي ﷺ على المضمون عنه فلأنه بالضمان صار له وفاء. وإنما كان النبي ﷺ يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء، وأما قوله لعلي: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي ﷺ فلما ضمنه فكه من ذلك أو مما في معناه، وقوله: «برىء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما. وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه. بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء الآن بردت عليه جلدته، ويفارق الضمان الحوالة. فإن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما. والحوالة من التحول. فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه وقولهم: إن الدين الواحد لا يحل في محلين. قلنا: يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق، كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن. وقال أبو بكر عبد العزيز: أما الحي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة. وأما الميت: ففي براءته بمجرد الضمان روايتان:

إحداهما: يبرأ بمجرد الضمان. نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين. ولأن فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته. فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان. بخلاف الحي. فإن المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق، وثبوته في الذمتين آكد في الاستيثاق بالحق.

والثانية: لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه. ولأنه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحي.

فصل: ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما. وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه: أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه. لأنه وثيقة فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن.

ولنا: إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل. ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه. ولا يشبه الرهن، لأنه مال من عليه الحق. وليس بذي ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره.

فصل: وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافاً. لأنه تبع ولأنه وثيقة. فإذا برىء الأصل زالت الوثيقة كالرهن. وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه. لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع. ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها. فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه. وأيهما قضى الحق برئا جميعاً من المضمون له. لأنه حق واحد. فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى الحق الذي به رهن، وإن أحال الغريم برئا جميعاً. لأنه حق واحد. فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفى دين الرهن، وإن أحال أحدهما الغريم برئا جميعاً. لأن الحوالة كالقضاء.

فصل: وإن ضمن الضامن ضامن آخر صح. لأنه دين لازم في ذمته. فصح ضمانه. كسائر الديون ويثبت الحق في ذمم ثلاثة أيهم قضاه برئت ذممهم كلها. لأنه حق واحد. فإذا قضى مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لأنهما فرع، وإن أبرأ الضامن الأول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وإن أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالإبراء فلا يرجع فيها بحال. لأن الرجوع مع الغرم. وليس في الإبراء غرم. والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه، وتزيد بأنه إذا مات المكفول عنه برىء كفيلاه. وإن مات الكفيل الأول برىء الثاني دون المكفول عنه. لأن الوثيقة انحلت من غير استيفاء. فأشبه الرهن وإن مات الكفيل الثاني برىء وحده.

فصل: وإن ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح. لأن الضمان يقتضي إلزامه الحق في ذمته، والحق لازم له. فلا يتصور إلزامه ثانياً. ولأنه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه، وإن ضمن عنه ديناً آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه.

فصل: ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزء منه. فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه برىء الجميع. لأنهم فروع له. وإن أبرىء أحد الضمان برىء وحده ولم يبرأ غيره. لأنهم غير فروع له. فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز. لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً. ولأنه أصل فيه بالضمان. فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً. ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز. ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه. لأن الكفالة ببدنه لا بما في ذمته. وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفالة. لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به. لأنه أصل في ذلك، وإن كفل المكفول الكفيل لم يجز. لأنه أصل له في الكفالة لم يجز أن يصير فرعاً له فيما كفل به. وإن كفل به في غير هذا الحق جاز. لأنه ليس بفرع له في ذلك.

مسألة: قال: (فمتى أدى رجع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل).

يعني: إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه. فأما إن قضى الدين متبرعاً به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء. لأنه بتطوع بذلك. أشبه الصدقة، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره، فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال:

أحدها: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني، أو أد عني. أو أطلق. وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد:

إن قال: اضمن عني، وانقد عني رجع عليه، وإن قال: انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده. لأن قوله: اضمن عني وانقد عني إقرار منه بالحق. وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال: هب لهذا أو تطوع عليه. وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً. لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه.

ولنا: إنه ضمن ودفع بأمره. فأشبه إذا كان مخالطاً له، أو قال: اضمن عني وما ذكراه ليس بصحيح. لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه بدليل المخالط له. فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به.

الحال الثاني: ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً. وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه. والوجه الثاني: لا يرجع به. لأنه دفع بغير أمره. أشبه ما لو تبرع به. الثالث: أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع وإلا فلا. لأنه تبرع بالدفع.

ولنا: إنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك إذنه في الأداء: لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً.

الحال الثالث: ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً. وظاهر مذهب الشافعي: أنه لا يرجع لأنه أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه.

ولنا: إنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره. وقولهم: إن إذنه في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه. قلنا: الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه. وليس هو شيئاً آخر فمتى أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله.

الحال الرابع: ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان:

إحداهما: يرجع بما أدى. وهو قول مالك وعبدالله بن الحسن وإسحاق.

والثانية: لا يرجع بشيء. وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه. ولم يصل عليه النبي ﷺ. ولأنه تبرع بذلك. أشبه ما لو علف دوابه. وأطعم عبيده بغير أمره.

ووجه الأولى: أنه قضاء مبرئ من دين واجب. فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه. فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بأنه لم يترك وفاء والمتبرع لا يرجع بشيء. وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع.

فصل: ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين. لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجباً. فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم. ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء. وإن دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله. لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه. ويرجع بالأقل مما أحال به أو قدر الدين، سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه، أو تعذر عليه الاستيفاء، لفلس أو مطل. لأن نفس الحوالة كالإقباض.

فصل: ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها، وكل واحد ضامن عن صاحبه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها. سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه. ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين. لأنه لم يضمن عنه، ولا أذن له في القضاء فإذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه بإذنه لأنه ضمنها عنه بإذنه وقضاها ضامنه. والرواية الثانية: له الرجوع على الآخر بالمائة. لأنها وجبت له على من أداها عنه. فملك الرجوع بها عليه كالأصل.

فصل: إذا ضمن عن رجل بإذنه فطولب الضامن. فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه. لأنه لزمه الأداء عنه بأمره. فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته. وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه. لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه. وفيه وجه آخر: أن له المطالبة. لأنه شغل ذمته بإذنه فكانت له المطالبة بتفريغها، كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن. والأول أولى. ويفارق الضمان العارية. لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه. والضامن لا يبطل بالضمان بشيء من منافعه فأما إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحال. لأنه لا حق له يطالب به، ولا شغل ذمته بأمره. فأشبه الأجنبي، وقيل: إن هذا ينبني على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه. فإن قلنا: لا يرجع. فلا مطالبة له بحال. وإن قلنا: يرجع. فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله.

فصل: فإن ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برؤوا جميعاً فإن قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد. وإن قضاه الضامن الأول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وإن قضاه الثاني رجع على الأول ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه. فإن لم يكن أذن له ففي الرجوع روايتان. وإن أذن الأول للثاني ولم يأذن المضمون عنه، أو أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه. رجع المأذون له على من أذن له.

ولم يرجع الآخر على إحدى الروايتين فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الأول. رجع على المضمون عنه. ولم يرجع على الضامن. لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره.

فصل: إذا كان له ألف على رجلين، على كل واحد منهما نصفه. وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برىء منه. وبرىء صاحبه من ضمانه. وبقي عليه خمسمائة، وإن قضاه أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو ببينة عن الأصل والضمان انصرف إليه. وإن أطلق احتمل أن له صرفها إلى ما شاء منهما، كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها إلى ما شاء منهما. واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان. لأن إطلاق القضاء والإبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته. فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء: لفظ القاضي ونيته. وفي الإبراء: لفظ المبرىء ونيته. ومتى اختلفوا في ذلك. فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته.

فصل: ولو ادعى ألفاً على حاضر وغائب، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الألف منه. فإذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه. وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه. وإن أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشيء. لأنه بإنكاره معترف أنه لا حق له عليه وإنما المدعي ظلمه. وإن اعترف الغائب وعاد الحاضر عن إنكاره فله أن يستوفي منه. لأنه يدعي عليه حقاً يعترف له به. فكان له أخذه منه. وإن لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرىء، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضاً وحلف برىء. وإن اعترف لزمه دفع الألف. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يلزمه إلا خمس المائة الأصلية دون المضمونة، لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه فتسقط عن ضامنه.

ولنا: إنه يعترف بها وغريمه يدعيها. واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر، ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته، ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن.

فصل: وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له، ولا بينة له فالقول قول المضمون له. لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه. فكان القول قول المنكر. وله مطالبة من شاء منهما. فإن رجع على المضمون عنه. فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه؟ نظرنا. فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه. وإن اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء، سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه. لأنه أذن له في قضاء مبرىء ولم يوجد. وإن قضاه ببينة ثبت بها الحق. لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه، لأنه معترف أنه ما قصر ولا فرط، وإن قضاه ببينة مردودة بأمر ظاهر، كالكفر

والفسق الظاهر. لم يرجع الضامن لتفريطه. لأن هذه البينة كعدمها. وإن ردت بأمر خفي، كالفسق الباطن، أو كانت الشهادة مختلفاً فيها، مثل أن أشهد عبدين، أو شاهداً واحداً فردت لذلك، أو كان ميتاً أو غائباً احتمل أن يرجع، لأنه قضى ببينة شرعية. والجرح والتعديل ليس إليه، واحتمل أن لا يرجع. لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته، وإن قضى بغير بينة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع. وهو مذهب الشافعي. لأنه إذا كان حاضراً كان الاحتياط إليه. فإذا ترك التحفظ، وهو حاضر، فهو المفرط دون الضامن.

والثاني: لا يرجع لأنه قضى قضاء لا يبرىء. فأشبه ما لو قضى في غيبته، فأما إن رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً. لأنه أبرأ به ذمته ظاهراً، قال القاضي: ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أولاً دون الثاني. لأن البراءة حصلت به في الباطن، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين. وجه ثالث: أنه لا يرجع بشيء بحال. لأن الأول ما أبرأه ظاهراً، والثاني ما أبرأه باطناً.

ولنا: إن الضامن أدى عن المضمون بإذنه إذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البينة. والوجه الأول أرجح. لأن القضاء المبرىء في الباطن ما أوجب الرجوع. فيجب أن يجب بالباقي المبرىء في الظاهر. وإن اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه. لم يلتفت إلى إنكاره. لأن ما في ذمته حق المضمون له. فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن. فيجب أن يقبل إقراره، لكونه إقرار في حق نفسه. ويحتمل أن لا يقبل. لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه. فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل، والصحيح الأول، وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة، كشهادة المرضعة بالرضاع. وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث.

فصل: ولا يدخل الضمان والكفالة خيار. لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لاحظ لهما. ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا نعلم عن أحد خلافهم. فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي: عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به. وذلك لأن مقتضي الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك. ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع؛ ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط. لأنه وصل بإقراره ما يبطله. فأشبه استثناء الكل.

فصل: وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفاً ضمان اشتراط فقالا: ضمنا لك الألف الذي على زيد. فكل واحد منهما ضامن لنصفه. وإن كانوا ثلاثة. فكل واحد منهم ضامن ثلثه، فإن قال واحد منهم: أنا وهذا ضامنون لك الألف، فسكت الآخران. فعليه ثلث الألف. ولا شيء عليهما. وإن قال كل واحد منهم: كل واحد منا ضامن لك الألف. فهذا ضمان اشتراك وانفراد. وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء. وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته لم يرجع إلا على المضمون عنه. لأن كل واحد منهم ضامن أصلي. وليس بضامن عن الضامن الآخر.

مسألة: قال: (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها).

وجملة ذلك: أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم. هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة: وقال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة. واختلف أصحابه. فمنهم من قال: هي صحيحة قولاً واحداً. وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس. وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر، ومنهم من قال فيها قولان:

أحدهما: أنها غير صحيحة. لأنها كفالة بعين فلم تصح. كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦] ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال.

إذا ثبت هذا فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه. وقال أكثرهم: لا يغرم.

ولنا: عموم قوله عليه السلام «الزعيم غارم» ولأنها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال.

فصل: وإذا قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه كان كفيلاً به. وإن تكفل برأسه أو كبده، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه، أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه. صحت الكفالة. لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله، وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان:

أحدهما: تصح الكفالة. وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي. لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله. فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه. ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعتاق.

والثاني: لا يصح. لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها. وقال القاضي: لا تصح الكفالة ببعض البدن. ولا تصح إلا في جميعه. لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة.

فصل: وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم، سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تصح بمن عليه دين مجهول. لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به. فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله.

ولنا: إن الكفالة بالبدن لا بالدين. والبدن معلوم. فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض. ولأنا قد تبينا أن ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون. لأنهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف. وإذن وليهما يقوم مقام إذنهما. وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب. وقال أبو حنيفة: لا تصح.

ولنا: إن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة، والحبس كالرهن والضمان. ولأن الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس بالحقين جميعاً، والغائب يمضي إليه فيحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة، وهو أن يعلم خبره. فإن لم يعلم خبره. لزمه ما عليه. قاله القاضي. وقال في موضع آخر: لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل.

فصل: ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد. سواء كان حقاً لله تعالى. كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي كحد القذف والقصاص. وهذا قول أكثر أهل العلم. منهم شريح والحسن. وبه قال إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي. وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي. فقال في موضع: لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان. وقال في موضع: تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لآدمي، فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين.

ولنا: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حد» ولأنه حد، فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى. ولأن الكفالة استيثاق. والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق. ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به. فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا.

فصل: ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة. لأن الحضور لا يلزمه. فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة.

فصل: وتصح الكفالة حالة ومؤجلة، كما يصح الضمان حالاً ومؤجلاً، وإذا أطلق كانت حالة. لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالاً كان له مطالبته بإحضاره فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه، ولم يلزم المكفول له تسلمه. لأنه لا يحصل له غرضه: وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله. فإن قبله برىء من الكفالة، وقال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت إليك منه. أو قد سلمته إليك، أو قد أخرجت نفسي من كفالته، والصحيح الأول. لأنه عقد على عمل فبرىء منه بالعمل المعقود عليه كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برىء. لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه. فبرىء منه كالمسلم فيه. وقال بعض أصحابنا: إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرىء. لأنه فعل ما وقع العقد على فعله فبرىء منه. وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله، والأول أصح، فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره.

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل كالدين المؤجل فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برىء. وإن كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته، وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال. لأن الحق قد توجه عليه.

ولنا: إن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم، وإن كان حالاً كالدين فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي: إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل بإحضاره ولم يلزمه شيء وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس. وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى، وإن أحضر المكفول به قبل الأجل ولا ضرر في تسليمه لزمه. وإن كان فيه ضرر، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدة، لم يلزمه قبوله، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله.

فصل: وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال القاضي: إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برىء من الكفالة. وقال بعض أصحابنا، متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان برىء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم. ويمكن إثبات الحجة فيه. وقيل: إن كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه وإلا برىء، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل. ولأصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا.

ولنا: إنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ، كما لو أحضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه. ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على إثبات الحجة فيه لغيبة شهوده أو غير ذلك، وقد يهرب منه ولا يقدر على إمساكه، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً. فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله. وإن وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم. فإن سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه. وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً. لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه. وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه. لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه. وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يرده إلى الحبس. وإن توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الأول أو حق المكفول له.

فصل: وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة. وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه. وهكذا الضمان. وإن جعله إلى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع. والأولى صحتها هنا. لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر. وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة. وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفل رجلاً آخر فقال: إن جئت به في وقت كذا وإلا فما عليه علي فقال: لا أدري. ولكن إن قال: ساعة كذا لزمه. فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت، ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه. فأما إن قال. وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح. وإن قال: إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم.

فصل: وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء به فيه وإلا لزمه ما عليه صح. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف: وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه. لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد.

ولنا: إن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال: إن جئت به في وقت كذا وإلا فلك حبسي. ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما إن قال إن جئت به وقت كذا وإلا فأنا كفيل ببدن فلان، أو فأنا ضامن لك ما لك على فلان أو قال: إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه، أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان، أو قال: أنا كفيل بفلان شهراً. فقال القاضي: لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن. لأن ذلك خطر، فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به. كمجيء المطر وهبوب الريح. ولأنه إثبات حق لآدمي معين. فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب: تصح، وهو قول أبو حنيفة وأبي يوسف. لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود. فيجب أن يصح كضمان الدرك. والأول أقيس. فإن قال كفلت بفلان إن جئت به في

وقت كذا وإلا فأنا كفيل بفلان، أو ضامن المال الذي على فلان. لم يصح فيهما عند القاضي. لأن الأول مؤقت والثاني معلق على شرط. وقال أبو الخطاب: يصح فيهما: فإما إن قال كفلت بأحد هذين الرجلين. يصح في قولهم جميعاً. لأنه غير معلوم في الحال ولا في المآل.

فصل: فإن قال: كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل، أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح. لأنه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به، فيكون فاسداً وتفسد الكفالة به، ويحتمل أن تصح الكفالة. لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه، فعلى هذا: لا تلزمه الكفالة إلا أن يبرىء المكفول له الكفيل الأول. لأنه إنما كفل بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وإن قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان. أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر، أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان والأولى: أنه لا يصح. لأنه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عينه، أو يؤجره داره لم يكن يصح لما ذكرنا.

فصل: ولو تكفل اثنان بواحد صح. وأيهم قضى الدين برىء الآخران. لما ذكرنا في الضمان. وإن سلم المكفول به نفسه برىء كفيلاه. لأنه أتى بما يلزم الكفيلين، وهو إحضار نفسه فبرئت ذمتهما كما لو قضى الدين. وإن أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر. لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الأخرى، كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق، وفارق ما إذا سلم المكفول به نفسه. لأنه أصل لهما. فإذا برىء الأصل مما تكفل به عنه برىء فرعاه، وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر: فلم يبرأ ببراءته. ولذلك لو أبرىء المكفول به برىء كفيلاه. ولو أبرىء أحد الكفيلين برىء وحده دون صاحبه.

فصل: ولو تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر. لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين فقد التزم إحضاره عند كل واحد منهما. فإذا أحضره عند واحد برىء منه وبقي حق لآخر، كما لو كان في عقدين. وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه.

فصل: وتفتقر صحة الكفالة إلى رضى الكفيل. لأنه لا يلزمه الحق ابتداء برضاه. ولا يعتبر رضى المكفول له. لأنها وثيقة له. لا قبض فيها. فصحت من غير رضاه فيها، كالشهادة. ولأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر، فأما رضاء المكفول به ففيه وجهان:

أحدهما: لا يعتبر كالضمان.

والثاني: يعتبر. وهو مذهب الشافعي. لأن مقصودها إحضاره. وإن تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه. ولأنه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فإن الضامن يقضي الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه. وعلى كلا الوجهين: متى كانت الكفالة بإذنه فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه. لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه فكان عليه تخليصها، كما لو استعار عبده فرهنه بإذنه كان عليه تخليصه إذا طلبه سيده. وإن كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا. فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه. لأن حضوره حق للمكفول له. وقد استناب الكفيل في طلبه. وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه. لأنه لم يشغل ذمته. وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه. فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره. وإن قال المكفول له: أحضر كفيلك كان توكيلاً في إحضاره. ولزمه أن يحضر معه، كما لو وكل أجنبياً وإن قال: أخرج من كفالتك. احتمل أن يكون توكيلاً في إحضاره كاللفظ الأول ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلاً. فلا يلزمه الحضور معه.

فصل: وإذا قال رجل لآخر: اضمن عن فلان. أو اكفل بفلان ففعل. كان الضمان والكفالة لازمين للمباشر دون الآمر. لأنه كفل باختيار نفسه. وإنما الأمر إرشاد وحث على فعل خير. فلم يلزمه به شيء.

مسألة: قال: (فإن مات برىء المتكفل)

وجملته: أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء. وبهذا قال شريح والشعبي وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي وقال الحكم ومالك والليث: يجب على الكفيل غرم ما عليه. وحكي ذلك عن ابن شريح. لأن الكفيل وثيقة بحق. فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن. ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

ولنا: إن الحضور سقط عن المكفول به فبرىء الكفيل كما لو برىء من الدين. ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرىء الفرع كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرىء منه وفارق ما إذا غاب فإن الحضور لم يسقط عنه. ويفارق الرهن. فإنه علق به المال فاستوفي منه.

فصل: إذا قال الكفيل: قد برىء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة، أو قال: لم يكن عليه دين حين كفلته، فأنكر المكفول له. فالقول قوله. لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين. فإن نكل قضي عليه. ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه. لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه. فإن من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والأول أولى. لأن ما ادعاه محتمل.

فصل: وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة برىء. لأنه حقه. فيسقط بإسقاطه الدين. وإن قال: قد برئت إليّ منه. أو قد رددته إليّ برىء أيضاً. لأنه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان. وكذلك إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به. ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به. ولا يكون إقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل يكون إقراره فيما إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به، والأول أصح لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به، فأما إن قال للمكفول به: أبرأتك عما لي قبلك من الحق، أو برئت من الدين الذي قبلك فإنه يبرأ من الحق وتزول الكفالة. لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وإن قال: برئت من الدين الذي كفل به فلان برىء وبرىء كفيله.

فصل: وإذا كان لذمي على ذمي خمر فكفل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه برىء الكفيل والمكفول عنه. وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر. لأنه كان واجباً ولم يوجد إسقاط ولا استيفاء، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله.

ولنا: إن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة. وإذا برىء المكفول به برىء كفيله، كما لو أدى الدين أو أبرأه منه. ولأنه لو أسلم المكفول له برئا جميعاً. وكذلك إذا أسلم المكفول به. وإن أسلم الكفيل وحده برىء من الكفالة: لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم.

فصل: فإذا قال أعط فلاناً ألفاً ففعل. لم يرجع على الآمر، ولم يكن له ذلك كفالة، ولا ضماناً إلا أن يقول: أعطه عني وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان خليطاً له: لأن العادة أن يستقرض من خليطه.

ولنا: إنه لم يقل أعطه عني. فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً. ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال: أعطه فلاناً حيث يلزمه. لأنه لا يلزمه لأجل هذا القول، بل لأن عليه حقاً يلزمه أداؤه.

فصل: إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع. فخيف غرقها فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف. ولم يرجع به على أحد. سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً. لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فإن قال له بعضهم: ألق متاعك فألقاه فكذلك. لأنه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وإن قال: ألقه وعليّ ضمانه فألقاه. فعلى القائل ضمانه. ذكره أبو بكر. لأن ضمان ما لم يجب صحيح. وإن قال: ألقه وأنا وركبان السفينة ضمناء له ففعل. فقال أبو

بكر: يضمنه القائل وحده، إلا أن يتطوع بقيتهم. قال القاضي: إن كـان ضمان اشـتراك فليس عليه إلا ضمان حصتـه لأنه لم يضمن الجميع إنمـا ضمن حصته وأخـبر عن سائـر ركبان السفينة بضمان سائره. فلزمته حصته. ولم يقبل قوله في حق الباقين، وإن كـان ضمان اشـتراك وانفراد، بأن يقول: كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته. لـزم القائـل ضمان الجميـع. وسواء قـال هذا والباقون يسمعون فسكتـوا. أو قالـوا لا نفعل، أو لم يسمعـوا. لأن سكوتهم لا يلزمهم بـه حق.

فصل: قال مهنا: سألت أحمد عن رجل لـه على رجـل ألف درهم فأقـام بها كفيلين كـل واحد منهما كفيل ضامن، فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقـه؟ فقال: يـبرأ الكفيلان. قلت: فإن مات الذي أحاله عليـه بالحق ولم يـترك شيئاً؟ قـال: لا شيء له ويـذهب الألف.

انتهى الجزء الرابع من كتاب المغني لابن قدامة
ويليه الجزء الخامس. وأوله: كتاب الشركة
والله الموفق والمعين على الإتمام وصلى الله
على سيدنا محمد عبد الله ورسله وعلى
آله وسلم تسليمـا كثيـراً

فهرس
الجزء الرابع من المغني